النيابة فى التصرفات القانونية

طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها

د. جمال مرسى بدر

الهيئة المصرية العامة للكتاب

د. جمال مرسى بدر

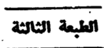
النيابة فى التصرفات القانونية

طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها



الهيئة المصرية العامة للكتاب

١٩٨٠


الطبعة الثالثة

« انى رأيت أنه لا يكتب انسان كتابا فى يومه الا قال فى غده : لو غير هـــذا لكان أحسن ، ولـــو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هـــذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

العماد الاصفهانى
(المتوفى سنة ٥٩٧ هـ)

تصدير الطبعة الثالثة

هذه الطبعة الجديدة هي ثمرة اتصال لم ينقطع بموضوع النيابة فى التصرفات القانونية منذ ظهرت الطبعة الأولى من هـذا الكتاب فى سنة ١٩٥٤ ، وقد شجعنا على المضى فى هذا المجهود أن كتابنا ـ بالرغم من انقضاء تلك السنوات الطوال ـ لا يزال المرجع الأساسى الوحيد فى موضوعه بالعربية .

وقد أتاحت لنا متابعة كل جديد فى التشريع والفقه والقضـاء فى موضوعنا أن نضيف الى محتويات الطبعة الثانية التى نشرت سنة ١٩٦٨ ما صدر فى الفترة بين الطبعتين من نصوص تشريعية وما ظهر من آراء فقهية أو اتجاهات قضائية سواء فى بلادنا العربية أو فى البلاد الأخرى التى تدخل نظمها القانونية فى نطاق هذه الدراسة المقارنة التى تصبح بذلك متمشية مع حركة التشريع وتقدم الفقه واجتهاد القضـاء فضلا عن شمولها الفقه الاسلامى بوصفه أحد النظم القـانونية التى قارنا بين أحكامها بشأن النيابة .

واذا ذكرت حركة التشريع فلا بد من الاشارة الى أن الفترة بين هذه الطبعة وسابقتها شهدت صدور ثلاثة تقنينات مدنية عربية هى القانون المدنى السودانى الصادر سنة ١٩٧١ والقانون المدنى الجزائرى الصادر سنة ١٩٧٥ والقانون المدنى الأردنى الصادر سنة ١٩٧٦ ، والتقنينان السودانى والجزائرى حلقتان فى سلسلة توحيد القانون المدنى بين الأقطار العربية التى كانت حلقتها الأولى القانون المدنى المصرى الحالى الصادر سنة ١٩٤٨ ، غير أن القانون المدنى السودانى لم يلبث أن صدر قانون بالغائه لأسباب محلية لا نخوض فيها هنا وحل محله فيما يخص موضوع هذا الكتاب قانون الوكالة لسنة ١٩٧٤ ، وقد ضمنا هذه الطبعة الثالثة اشارات الى نصوص القانون المدنى الجزائرى وقانون الوكالة السودانى والقانون المدنى الأردنى كما أضفنا اشارات الى مجلة الالتزامات والعقود التونسية لم تكن واردة فى الطبعة الثانية وذلك حتى يصبح هذا الكتاب ــ الى كونه مرجعا للباحثين فى موضوعه ــ أداة عملية مفيدة للمشتغلين بالقانون فى أكبر عدد من الأقطار العربية .

وان كل ما أضفناه أو أعدنا النظر فيه أو استحدثناه لهو مصداق كلمة العماد الأصفهانى التى صدرنا بها هذا الكتاب فى طبعاته الثلاث وهى عذرنا الذى نتقدم به عما قد يكون فى عملنا من نقص نرجو أن يعزوه القارىء الى القصور لا الى التقصير .

المؤلف

مقـــدمة

١ ــ لفكرة النيابة فى مختلف فروع القانون تطبيقات تكثر عدد بقدر ما تزداد تنوعا وهى تطبيقات تتسع حتى تشـــمل ما بين القانون العام والقانون الخاص من مجالات فسيحة ، فالقانون العام الدستورى يعرف فكرة النيـــابة كأساس للنظـــام الديمقراطى الذى يتمثـــل فى الحكومة « النيابية » ، كما يعرفها القانون العــــام فى فرعه الدولى كأساس للتمثيل الدبلوماسى حيث ينوب السفراء عن دولتهم لـــدى الدول الأجنبية ، كما تبرز فكرة النيـــابة عن الجماعة الدولية فى نظم الانتداب والوصاية حيث تنوب الدولة المنتدبة أو الوصية عن جماعة الدول فى حكم الدولة المتأخرة الموضوعة تحت الانتداب أو الوصاية .

ولئن كانت هذه هى بعض تطبيقات فكرة النيابة فى فروع القانون العام ، فان لتلك الفكرة فى مختلف فروع القانون الخـــاص تطبيقات ليست أقل عددا ولا أدنى تنوعا ، فقانون المرافعات يعرف جيدا فكرة النيابة عن الخصوم فى الدعوى وينظم أحوالها ويحدد القواعد التى

تحكمها ، والقانون التجارى فى تنظيمه للافلاس لا يجهل فكرة النيابه كأساس لعلاقة السنديك بالمفلس وبجماعة الدائنين ، كما أن فكرة النيابة ليست غريبة عن بعض أحكام قانون الشركات وبعض أحكام قانون التجارة البحرى .

فاذا عرضنا للقانون المدنى وجدنا لفكرة النيابة فيه آثارا متعددة مفرقة فى مختلف النظم المدنية فنقابل النيابة فى صدد علاقة الموكل بالوكيل وعلاقة الفضولى برب العمل وعلاقة الوصى بالقاصر ثم نقابلها أيضا فى علاقة المتبوع بالتابع كما تعرض لنا تلك الفكرة فى علاقة الدائن بالمدين حيث « ينوب » الدائن عن مدينه فى رفع الدعوى بحقوق المدين وتعرض لنا النيابة كذلك فى علاقة المتضامنين بعضهم بالبعض حيث يعتبر المدين نائبا فى التصرف النافع عن سائر المتضامنين معه ، ثم أن « الانابة فى الوفاء » لا تخلو من الماع الى فكرة النيابة .

٢ ــ ولئن دل تعدد هذه التطبيقات وتنوعها على شىء فانما يدل على أن فكرة النيابة بصفة عامة ينقصها الكثير من التحديد فهى لذلك نستخدم فى مواضع مختلفة ليس بينها ارتباط حقيقى كما أن تعبير النيابة يطلق على أوضاع كثيرة متباينة لا جامعة بينها الا ذلك التعبير غير المحدد الذى يتسع بفضل عدم تحديده لنظم لا تربطها رابطة فنية ولا وحدة صحيحة .

لهذا كله كان من الحتم أن نحدد نطاق هــذه الدراسة تحديدا دقيقا تقتضيه ضرورات البحث العلمى ويستلزمه الاحتراز من توزع الجهد فى أكثر من ميدان ولهذا كان عنوان هذا الكتاب واضحا فى الدلالة على اقتصار البحث على ميدان القانون الخاص ثم اقتصاره من

ذلك الميدان على نطاق التصرفات القانونية ، فالنيابة فى التصرفات القانونية هى موضوع دراستنا •

أما كيف تعرض النيابة فى التصرفات القانونية فيمكن ايضاحه ـ من غير الأخذ مقدما بتعريف معين للنيابة ـ عن طريق تقرير الواقع فى حالات النيابة فى التصرف القانونى ويتجلى ذلك الواقع فى أن تصرفا قانونيا معينا يتولى ابرامه شخص يسمى النائب فتقع آثاره مباشرة فى ذمة شخص آخر يسمى الأصيل بحيث لا يكون للنائب الذى باشر التصرف شأن بآثاره التى ينفرد بها الأصيل والغير الذى تعامل معه النائب •

ولفكرة النيابة ـ محددة على هذا الوجه ـ تطبيقات كثيرة فى القانون المدنى وهى تطبيقات يتجلى فى ذيوعها ما لنظام النيابة من أهمية عملية قصوى فى الحياة المدنية حتى صح أن يقال أنه « ان كان هناك نظام نقابله فى كل خطوة من خطوات الحياة القانونية اليومية فهذا النظام هو النيابة » (١) •

٣ ـ والنيابة كنظرية عامة مستخلصة من تطبيقاتها العديدة ليست قديمة فى الفقه فهى لم تبرز كنظام له صفة العموم الا فى أواخر القرن

---

(١) بونكاز فى تصديره لرسالة مادراى ص٩ وانظر سافاتييه : الاطوار الاقتصادية والاجتماعية للقانون الخاص المعاصر جـ ٣ باريس ١٩٥٩ حيث يقول المؤلف (ص ٣١) : « لقد كانت النيابة فى سنة ١٨٠٤ (عند صدور القانون المدنى الفرنسى) هى الاستثناء ولكنها لم تعد كذلك فقد اجتاحت اليوم كل الحياة القانونية » ويقول الفقيه الألمانى المعاصر ولفرام مولر ـ فراينفلس (عميد « معهد القانون المدنى الأجنبى والدولى » بجامعة البرت لودفيج فى فريبورج بالمانيا الاتحادية) : « أصبحت النيابة فى جميع النظم القانونية الحديثة عنصرا لا غنى عنه فى النظام الاجتماعى القائم يؤدى وظائف متنوعة للغاية فى كل من مجالى القانون العام والقانون الخاص » • أنظر مقاله عن النيابة فى دائرة المعارف البريطانية الجديدة •
The New Encyclopaedia Britannica (1974), Macropaedia, Vol. 1, pp. 291-295.

الماضي وفي مطلع هذا القرن العشرين على يد الفقهاء الألمان والايطاليين ثم الفرنسيين (١) الذين اتجهوا في دراستهم الى استخلاص مقومات النيابة من تطبيقاتها كالوكالة والفضالة وغيرها والى ابراز كيان النيابة المتميز حتى استوت لها نظرية عامة تنبسط على كثير من النظم ولكنها لا تختلط بها بل تتميز عنها بمقوماتها الذاتية وأركانها الخاصة .

وطبيعي أن ينعكس على النصوص التشريعية الافتقار الى نظرية عامة في النيابة ولهذا نجد التقنينات المختلفة خلوا — الى عهد قريب — من نصوص تتناول النيابة بصفة عامة الى جوار النصوص المنظمة لمختلف تطبيقات النيابة من وكالة وفضالة ووصاية الى غير ذلك مما أوردته التقنينات المختلفة في مكانه بين العقود الخاصة أو بين نظم حماية ناقصي الأهلية .

ولم يكن القانون المدني المصري يختلف في هذا النص عن مصدره الأهم وهو تقنين نابليون فكلاهما لم ينظم النيابة بنصوص عامة ترد في موضعها من صدر المجموعة بين المواد التي تحكم انعقاد التصرفات القانونية الى أن جاء قانوننا المدني الصادر في سنة ١٩٤٨ وسد هذا النقص في المواد ١٠٤ وما بعدها التي رسمت « القواعد الأساسية لنظرية عامة في النيابة في التعاقد لا نظير لها في التقنينات الراهنة » (٢) .

وقد سارت على النهج نفسه قوانين البلاد العربية التي استمدت

---

(١) أما الفقه الانجليزي والفقه الأمريكي فيتميزان بالخلو من محاولات اقامة بناء نظري لنظام النيابة ولا غرابة في ذلك اذ أن التفكير الانجلو سكسوني — لغلبة الطابع العملي عليه — ينأى عن يتأى عن المضاربات العقلية ولا يحفل كثيرا باستخلاص النظريات في كل مجال ومع ذلك فالمعروف تاريخيا أن النيابة كنظام جامع لتطبيقاته العملية لم يبدأ في الظهور في أحكام القضاء الانجليزي ثم الأمريكي الا ابتداء من القرن التاسع عشر انظر ستولجار ص ١٤ .

(٢) المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني ج ٢ ص ٥٠

من التقنين المدنى المصرى فالقانون المدنى السورى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ قد تناول الأحكام العامة للنيابة فى المواد ١٠٥ ــ ١٠٩ منه وتناولهـــا القانون المدني الليبي الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ فى المواد ١٠٤ ــ ١٠٨ منه كما تناولها القانون المدنى السودانى الصـــادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٧١ فى المواد ٨٩ ــ ٩٣ منه وكذلك القانون المدنى الجزائرى الصادر فى ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥ فى المواد ٧٤ ــ ٧٧ منه ، ومواد النيابة فى هذه القوانين مأخوذة عن مثيلاتها فى القانون المصرى بنصوصها تقريبا (١) وعلى ذلك يصح أن يعتبر هذا الكتاب دراســة لنظرية النيابة فى جميع قوانين البلاد العربية المأخوذة عن القانون المصرى مع اشارات الى غيرها من قوانين الدول العربية . ولا يفوتنا هنا أن ننوه بهذه الخطوة الهامة نحو توحيد قوانين البـــلاد العربية راجين أن تمتد هذه الحركة الى ســـائر الدول التى ما زالت تحتفظ بتقنيناتها القديمة بحيث تصل وشـــيكا الى ما يرنو اليه رجال القانون العرب ألا وهو القانون المدنى العربى الموحد (٢) .

هذا وآن أول تقنين أبرز وجود النيابة المستقل ونظمها فى نصوص لها صفة العموم هو التقنين المدنى الألمانى الصادر سنة ١٨٩٦ والمطبق ابتداء من يناير سنة ١٩٠٠ وذلك فى المواد من ١٦٤ الى ١٨١ منه وتلاه قانون الالتزامات السويسرى فأفرد للنيابة بصفة عامة المواد من ٣٢

---

(١) فيما عدا المادة ٨٩ من القانون المدنى السودانى التى تختلف عن الموادالمقابلة لها فى القوانين المدنية العربية الأخرى . انظر ما يلى البنود ٢٣ ، ٢٧ ، ٥٠ مكرر و ٥٦ . أما القانون المدنى العراقى فانه لم يتناول الأحكام العامة للنيابة ولكنه يحتوى فى باب الوكالة على المادتين ٩٤٢ ، ٩٤٣ اللتين تقابلان المادتين ١٠٥ و ١٠٦ من القانون المدنى المصرى .

(٢) يجد القارىء عرضا تاريخيا للمرحلة الأولى من حركة توحيد القوانين فى البلاد العربية فى محاضرة المؤلف التى ألقيت فى المؤتمر الثانى للمحامين العرب المنعقد بالقاهرة فى مارس ١٩٥٦ والمنشورة فى « كتاب المؤتمر الثانى للمحامين العرب » ، القاهرة ١٩٥٦ ص ١٦١ ــ ١٧٢ .

الى ٤٠ (١) اما مشروع الالتزامات الفرنسى ـ الايطالى فقد تناولها فى المواد ٣١ وما بعدها .

وكذلك القانون المدنى الايطالى الحالى الصادر سنة ١٩٤٢ فقد نظم النيابة فى المواد من ١٣٨٧ الى ١٤٠٠ كما أن اللجنة التى كان معهودا اليها تنقيح القانون المدنى الفرنسى لم تغفل أمر النظرية العامة للنيابة فخصتها بالمواد من ٢٠ الى ٣٤ من مشروعها (٢) .

٤ ـ على أن حداثة العهد بالنظرية العامة للنيابة لا يعنى أن هذا النظام كان مجهولا من القوانين المختلفة حتى ذلك العهد القريب فقد كان للنيابة ـ كما سبق القول ـ كثير من التطبيقات فى قوانين مختلف البلاد منذ أبعد الأزمنة فقد عرفت تلك القوانين الوكالة كما عرفت الفضالة وعرفت النظم الخاصة بحماية ناقصى الأهلية الى غير ذلك من تطبيقات النيابة ، ولا غرو فان حياة الأفراد فى المجتمع تتطلب تضامنهم وتعاونهم ومن صور ذلك التضامن والتعاون نيابة بعضهم عن بعض فى مباشرة التصرفات القانونية ولقد قيل من زمن بعيد ان « ما كان من قبيل العاديات الجارية بين الخلق فى الاكتسابات وسائر المحاولات الدنيوية التى هى طرق الحظوظ العاجلة كالعقود على اختلافها والتصاريف المالية على تنوعها .. يقوم فيها الانسان عن غيره وينوب منابه.. فى استجلاب المصالح له ودرء المفاسد عنه بالاعانة والوكالة ونحو ذلك مما هو فى معناه » (٣) .

---

(١) وتقابلها فى قانون الالتزامات التركى المنقول عن القانون السويسرى المواد ٣٢ ـ ٤٠ وهى ماخوذة بنصها عن المواد المقابلة لها فى القانون السويسرى بحيث يمكن اعتبار مارجعنا اليه من مراجع تركية امتدادا لفقه القانون السويسرى .

(٢) أوردنا فى ذيل هذا المؤلف النصوص العامة المتعلقة بالنيابة فى مختلف التقنينات .

(٣) الشاطبى : الموافقات فى أصول الشريعة جـ٢ ص ٢٢٧ =

على أن الأثر المباشر للنيابة ـ بمعنى وقوع نتائج تصرف النائب فى ذمة الأصيل مباشرة وعلى وجه الاقتصار ـ وهو الخاصية البارزة لنظام النيابة فى القوانين الحديثة لم يكن مسلما به عند فقهاء الرومان على اطلاقه بل أن القاعدة فى القانون الرومانى كانت انتفاء ذلك الأثر المباشر وكان الاستثناء هو وقوعه فى حالات معينة أغلبها ما كان متعلقا بنيابة الأشخاص الخاضعين لسلطة رب الأسرة (كالابن والرقيق) فى جعل رب الأسرة دائنا باطلاق ، وفى جعله مدينا فى حالات خاصة وبحدود معينة أما من لم يكن خاضعا لسلطة غيره فلم يكن قيامه بالتصرف لحساب ذلك الغير منتجا لأثر مباشر وانما كانت آثار التصرف تقع فى ذمة النائب الذى لا يعرف المتعاقد الآخر غيره • ثم تطور القانون الرومانى فأعطى الغير المتعاقد مع النائب دعوى قبل الأصيل بجانب دعواه قبل النائب اللهم الا اذا كانت النيابة قانونية (كنيابة الوصى والقيم) فقد كان للنائب فى هذه الصورة دفع يدفع به دعوى الغير ضده بحيث لم يكن للغير أن يرجع الا على الأصيل فكانت النيابة فى هذه الصور (أى فى حالات النيابة القانونية) نيابة كاملة ذات أثر مباشر (١) •

= ومن أقوال الفقيه الرومانى بول فى الديجست « ان أصل التوكيل مستمد من الواجب الانسانى ومن عاطفة المودة « Originem ex officio at que amicitia trahit mandatum » والتعريب لقاضى القضاة عبد العزيز فهمى فى « قواعد وآثار فقهية رومانية » من منشورات كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ـ القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ٤٦ رقم ١٠٨ •

(١) أنظر فى قاعدة انتفاء النيابة فى القانون الرومانى وما دخل عليها من التعديلات استجابة لضرورات العمل : جيرار Manuel élémentaire الطبعة السادسة ص ٦٧٨ ـ ٦٩٠ وكورنيل : القانون الرومانى بروكسل سنة ١٩٢١ ص ٣٠٩ ـ ٣١١ كيك : Manuel des institutions juridiques des Romains باريس سنة ١٩٢٨ ص ٤٠٣ ـ ٤١١ نظرية العقد بند ٢٠١ حاشية ١ ـ والوسيط جـ ١ بند ٨٣ حاشية ١ ورواست ٣٨ ـ ٤١ وشفيق شحاته : فكرة النيابة فى القانون الرومانى ـ مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٥ ص ١١١ وما بعدها •

ولئن بحثنا عن علة قاعدة اقتصار آثار التصرف فى القانون الرومانى وعدم التسليم بقاعدة الأثر المباشر للنيابة وجدنا ذلك راجعا الى عدة اعتبارات هى :

١ ـ أن السياسة الشرعية للمقنن الرومانى كانت تهدف دائما الى رعاية الاستقلال الاقتصادى للفرد الحر تمييزا له عن الرقيق وقد اقتضت رعاية هذا الاستقلال ألا ترجع آثار تصرف الفرد الا على نفسه دون غيره (١) • ويؤيد هذا النظر أن نيابة الأشخاص الخاضعين لسلطة رب الأسرة كانت مقررة من أول الأمر فى كل ما يحصل رب الأسرة دائنا ثم امتدت الى جعله مدينا فى بعض الأحوال المعينة بينما لم تتقرر نيابة الأفراد الأحرار بعضهم عن بعض الا بعد تطور طويل وفى أحوال خاصة •

٢ ـ أن الشكلية التى كانت الطابع المميز للقانون الرومانى لم تكن لتسمح بأن تتجاوز آثار التصرف الشخص الذى تولى الطقوس والأشكال التى يقوم عليها التصرف الى شخص آخر لم يشترك فى تلك الطقوس والأشكال •

٣ ـ أن النظرة الرومانية الى الالتزام نظرة شخصية بحتة ومنطق المذهب الشخصى فى الالتزام يقتضى ألا يتعدى الالتزام أشخاص القائمين بالتصرف القانونى الناشىء عنه الالتزام الى غيرهم ممن لم يشترك فى ابرام التصرف (٢) • ومن هنا كان من القواعد المقررة فى القانون الرومانى أن «العقود •• لا تتعدى لغير أطرافها بنفع ولا ضرر»

---

(١) هذا الاعتبار فى رأى الفقيه الألمانى شلو سمان هو العلة الوحيدة لقاعدة انتفاء النيابة فى القانون الرومانى ـ أنظر بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٢٩ ـ ٣٠ •

(٢) لهذا قال الفقيه الألمانى Puchta عن قاعدة انتفاء النيابة فى القانون الرومانى انها متمشية تماما مع طبيعة الالتزام • أنظر بوبسكو رامنسيانو ص ٣٧ • والفقيه المذكور هو صاحب نعت النيابة بأنها فظاعة منطقية : أنظر ما يلى بند ١٤ حاشية •

وأن لا حكم العقود الاقتصار » (١) وأن « لا شــبهة فى عدم التزام انسان بعقد غيره » (٢) •

على أن قاعدة انتفــاء النيــابة وان كانت وليدة المنطق القانونى الرومانى البحت الا أن الرومان ما لبثــوا أن واجهوا التنازع الــذى قام بين ذلك المنطق المجرد وبين ضرورات العمل ومن هنــا وجدت فى القانون الرومانى الأوضاع المتعددة التى تخفف من وطأة القاعدة الأصلية والتى ألمعنا اليها فيما تقدم وســار تطور القانون الرومانى سيرا بطيئا نحو التوسع فى اقرار النيابة وان كان ذلك القانون لم يبلغ قط مرحلة اقرار النيابة المباشرة كنظام عام شامل كما هو الشأن فى القوانين الحديثة وظل العقل الرومانى متــأثرا أبدا بما يبدو فى ارتباط شخص بنتائج تصرف غيره من خروج ظاهرى على طبائع الأشياء •

٥ ــ وتعود بنا العبارة الأخيرة الى تحديد نطاق هذا البحث ، اذ ليس كل تدخل من الغير فى أمر التصرف القانونى يعتبر نيابة كما أنه ليس من الحتم أن ينطوى كل اســتثناء من قاعدة اقتصــار آثار التصرف على شخص عاقده على نيابة •

فالنيابة بمعناها الفنى الدقيق الذى سنلتزمه طوال هذا البحث هى ــ كما سيتضح من دراستنا لطبيعة النيابة فى الكتاب الأول ــ نيابة فى الادارة التى ينعقد بها التصرف مع بقاء النائب بمعزل عن آثــار التصرف التى لا تلحق سوى الأصيل ، وعلى ذلك ينبغى أن نستبعد من نطاق البحث أوضاعا كثيرة لا تدخل فى مدلول النيابة على الوجه المتقدم

---

(١) Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest
والتعريب لعبد العزيز فهمى المرجع السابق ص ١٩ رقم ٧٤٣ •

(٢) Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari
والتعريب لعبد العزيز فهمى المرجع السابق ص ٦٣ رقم ١١ •

وهذه الأوضاع نوعان : نوع يكون فيه الشخص غير الأصيل دور ما فى التصرف القانونى من غير أن ينعقد ذلك التصرف بارادته هو ، ونوع نجد فيه خروجا على قاعدة اقتصار آثار التصرف من غير أن يكون من انعقد التصرف بارادته غريبا عن آثاره .

٦ ــ فمن النوع الأول من هذه الأوضاع الخارجة عن نطــاق النيابة :

(أ) **الرسالة** : فقد يحدث أن يبرم عقد بين شخصين عن طريق رسول ينقل ارادة أحدهما للآخر وهذا الرسول وان لعب دورا فى ابرام التصرف القانونى الا أن تدخله فى أمر التصرف لا يدخل هذا الوضع تحت مدلول النيابة اذ أن الدور الذى للرسول فى هذه الصورة هو دور مادى بحت لا يتجاوز مجرد نقل ارادة أحد الطرفين للآخر شأنه فى ذلك شأن الكتاب أو آلة التليفون فهو مجرد أداة لنقل ارادة المتعــاقد بينما النيابة تقتضى من النائب نشــاطا اراديا لا مجرد نشاط مادى اذ أن النائب يعبر فى التصرف عن ارادة خاصة به تنبنى عليها ــ بتوافقها مع ارادة الطرف الآخر ــ آثار تلحق الأصيل مباشرة .

ومن هنا لم يكن لعلم الرسول أو جهله مضمون الرسالة قيمة أو أثر ومن هنا أيضا يستوى الرسول الذى ينقل مجرد قبول يجهل علام يعود والرسول الذى ينقل ارادة يعلم فحواها وموضوعها تفصيلا ، كل ذلك لأن الرسول لم يخرج عن كونه مجرد ناقل لارادة المتعاقد .

بينما النــائب نظرا لأعماله وارادته وقيامه بنشاط ارادى متميز ينبغى أن تتوفر فيه كافة شرائط الارادة المنتجة لآثار قانونية فيجب أن يكون عالما بكل ظروف التعاقد وغير واقع فى عيب من عيوب الارادة الى غير ذلك مما هو مطلوب فى كل متعاقد .

ومن هنا كذلك اعتبر التعاقد الذى يتم عن طريق رسول تعاقدا

بين غائبين تحكمه قواعد هذا النوع من التصرفات (المادة ٩٧ من القانون المدنى المصرى) بينما التصرف الذى يتولاه النائب ــ ان كان عقدا ــ يعتبر حاصلا فى مجلس واحد لأن المتعاقد هو فى الحقيقة النائب والارادة التعاقدية صادر عنه لا عن الأصيل •

ولهذا صح القول بأن الرسول فى التصرف القانونى انما يتكلم بضمير الغائب بمعنى أنه لا يذكر عبارة العقد باعتبارها عبارته وانما ينسبها الى المرسل الذى هو المتعاقد الحقيقى بينما النائب يتكلم بضمير المتكلم فينسب عبارة العقد الى نفسه وان أرجع آثارها الى الأصيل •

فهنا ــ فى الرسالة ــ وضع نرى فيه لشخص خلاف صاحب الشأن دورا فى انشاء التصرف القانونى ولكن هذا الوضع لا يدخل مع ذلك تحت مدلول النيابة بالمعنى الفنى لأن الدور الذى يتولاه الرسول دور مادى بحت لا شأن له بالارادة التعاقدية التى ينبنى عليها التصرف •

٧ ــ (ب) **المساعدة القضائية** : تناولت المادة ١١٧ من القــانون المدنى المصرى وضعا آخر ينطوى على تدخل من شخص غير صــاحب الشأن فى أمر التصرف القانونى ولكن التصرف مع ذلك لا ينعقد بارادة المتدخل بل بارادة صاحب الشأن نفسه ونعنى بذلك المساعدة القضائية•

تنص المادة ١١٧ على أنه « اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى « أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز » « للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى » « مصلحته فيها ذلك • ويكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات»

« التى تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذى
« تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد اذا صدر التصرف بعد »
« تسجيل قرار المساعدة » •

وليس نظام المساعدة القضائية من مستحدثات القانون المدنى الحالى فقد أورد القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية نفس النظام فى المادتين ٤٧ و ٤٨ منه بذات العبارات الواردة فى المادة ١١٧ مدنى بفقرتيها مع تعديلات طفيفة لا تمس الجوهر •

وقد ورد فى المذكرة الايضاحية لقانون المحاكم الحسبية بصدد المساعدة القضائية أن المشرع لم « يأخذ برأى بعض التقنينات فى »
« اعتبار الشخص المحتاج للمساعدة محدود الأهلية لأن الواقع من »
« الأمر أن هذا الشخص كامل الأهلية والادراك والارادة ولكنه عاجز »
« بسبب عاهة جسمية لا عقلية عن التعبير عن ارادته بحيث يخشى أن يقع »
« فى غلط فيما يبرمه من عقود • وقد قصد المشرع بتعيين مساعد »
« قضائى له أن يكون هذا المساعد مترجما لارادته اذا تعذر عليه »
« التعبير عنها حتى لا يقع فى غلط مع من يتعامل معه• وهذا ما يستفاد »
« صراحة من عبارة (وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته) » •

أما عن علة البطلان المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٧ مدنى والمادة ٤٨ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ فتقول المذكرة الايضاحية ذاتها أن تلك المادة قد تضمنت « حكما للتصرفات الصادرة من »
« الشخص الذى تقررت مساعدته بدون معاونة مساعده القضائى »
« وبموجب هذا النص يكون التصرف باطلا بطلانا نسبيا على أساس »
« افتراض وقوع الشخص فى غلط وهى قرينة قانونية على الغلط »
« لا تقبل الدليل العكسى » •

وظاهر مما تقدم أن التصرف القانوني المقترن حصوله بالمساعدة القضائية انما تبرمه ارادة صاحب الشأن نفسه وأن المساعد القضائي لا يتعدى دوره الترجمة عن تلك الارادة بغير أن يكون لارادته هو دخل ما في ابرام التصرف ومن هنا كانت المساعدة القضائية خارجة عن نطاق النيابة التي هي موضوع بحثنا هذا لذات العلة التي خرجت من أجلها من نطاق البحث التصرفات التي تبرم بواسطة رسول • على أن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الصادر في ٣٠ يوليو سنة ١٩٥٢ خاصا بأحكام الولاية على المال والذى حل محل الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية قد استحدث حكما في المادة ٧١ منه يكون فيه المساعد القضائي نائبا بالمعنى الصحيح وذلك اذ تنص تلك المادة في فقرتها الأخيرة على أنه « اذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد في اجراء هذا التصرف » • ولا شك في أن التصرف اذا انفرد به المساعد القضائي فانه يبرم بارادته هو دون دخل لارادة صاحب الشأن وتكون هذه الحالة المستحدثة من حالات المساعدة القضائية أشبه بالحجر المخصص بتصرف معين والمساعد القضائي في ذلك التصرف أشبه بقيم خاص • وقد استطردت المادة ٧٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فاعتبرت المساعد القضائي «في حكم النائب » في تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من القانون المدني وهي الخاصة بتعاقد النائب مع نفسه (م ١٠٨ و ٤٧٩) وبعدم سريان التقادم فيما بين النائب والأصيل (م ٣٨٢) وواضح من النص على اعتبار المساعد القضائي « في حكم النائب » أن المساعدة القضائية ليست نيابة اللهم الا في الحالة الوحيدة التي استحدثتها المادة ٧١ من المرسوم بقانون المشار اليه •

٨ ـ أما النوع الثانى الأوضاع التى يجب تمييزها عن النيابة فهو ينطوى على خروج على مبدأ اقتصار التصرف ولكنه لا يدخل مع ذلك فى نطاق النيابة لأن آثار التصرف تلحق فى الوقت ذاته الشخص الذى قد يشتبه فى تلك الأوضاع بالنائب بينما خاصية النيابة هى بقاء النائب غريبا عن آثار التصرف ـ فمن ذلك :

(أ) **الاشتراط لمصلحة الغير** : معلوم أن المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير يكسب حقا مباشرا قبل المتعهد نتيجة للتصرف المبرم بين هذا الأخير وبين المشترط وبذلك نكون أمام وضع لم تقتصر فيه آثار التصرف على طرفيه (المشترط والمتعهد) وانما تعدتهما الى شخص ثالث هو المنتفع فرتبت له حقا مباشرا بمقتضى تصرف لم يشترك فى ابرامه .

على أن خروج الاشتراط لمصلحة الغير على قاعدة اقتصار التصرف ليس معناه انطواء هذا الوضع على نيابة بالمعنى المقصود فى هذه الدراسة وذلك لأن التصرف المتضمن الاشتراط لمصلحة الغير لا ينى يربط المشترط بالمتعهد ويوقع فى ذمة كل منهما آثاره لأنهما طرفا التصرف فى الواقع ونفس الأمر والخاصية التى للاشتراط لمصلحة الغير هى أنه يضيف الى طرفى التصرف الملتزمين دوما بآثاره شخصا ثالثا يترتب له حق مباشر قبل أحد الطرفين بينما خاصية النيابة المميزة هى فى بقاء النائب بعيدا عن آثار التصرف التى لا تلحق الا الأصيل والغير الذى تعامل معه النائب فهذان ـ دون غيرهما ـ هما طرفا التصرف الملتزمان بآثاره التى لا تلحق سواهما .

لهذا فالمشترط ليس بحال نائبا عن المنتفع بل هو طرف أصيل فى التصرف مرتبط بآثاره واذن فلا نيابة فى الاشتراط لمصلحة الغير وان

كان فيه خروج على قاعدة اقتصار آثار التصرف (١) .

٩ ـ (ب) **التضامن بين المدينين** ـ من أحكام التضامن السلبى أن تصرف أحد المدينين المتضامنين ينسحب أثره على سائرهم متى كان من شأنه تخفيف عبء الدين ومن المعتـاد اللجوء فى تبرير هذا الحكم الى فكرة النيابة فيقال أن المدين المتضامن نائب عن سائر المتضامنين معه فى التصرفات النافعة لهم .

على أنه ان صح أن هذا الوضع ينطوى على خروج على قاعدة اقتصار آثار التصرف فمن غير الصواب نسبة هذا الوضع الى النيابة اذ لا نيابة هنا بالمعنى الدقيق طالما كان أثر التصرف النافع واقعا فى ذمة المدين المتصرف وقوعه فى ذمة زملائه ـ ذلك أن النيـابة تقتضى الى جانب امتداد آثار التصرف الى غير منشئه بقاء منشىء التصرف بمعزل من تلك الآثار والا انتفت النيابة بالمعنى الصحيح وكان تبرير مثل هذا الوضع باللجوء الى فكرة النيـابة تبريرا غير سليم ، وسنستوفى هذه النقطة بحثا عند كلامنا على آثار النيابة بالنسبة للنائب .

***

١٠ ـ أما وقد حددنا نطاق الموضوع وميزنا عن النيابة النظم القانونية التى ليست منها وان اشتبهت بها والتى تخرج لذلك عن صلب هذه الدراسة فان فى الامكان أن نقول أن المعالم البارزة فى موضوع النيابة تتمثل : أولا فى تحديد الارادة التى ينعقد بها التصرف الحاصل بطريق النيـابة ، وثانيـا فى تفسير نتائج النيابة من حيث ايقاع آثار

---

(١) تحمل عبارة المادة ١٥٤ من القانون المدنى دليل انتفاء النيابة فى الاشـتراط لمصلحة الغير اذ تقول انه « يجوز للشـخص أن يتعاقد باسـمه على التزامات يشـترطها لمصلحة الغير اذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية أو أدبية » . ذلك أن الأصل فى جميع حالات النيابة ان النائب لا يتعاقد باسمه بل باسم الأصيل (المادة ١٠٥) كما أن الأصل أن النائب لا تكون له فى التصرف المناب فيه مصلحة ما .

التصرف فى شخص الأصيل دون النائب ، وثالثا بيان الأحكام العامة للنيابة بوصفها نظاما عاما يتميز بعمومه عما يشتمل عليه من نظم خاصة متعددة لكل منها ــ الى جوار أحكام النيابة العامة ــ أحكامه الخاصة به فى القانون •

وقد قصدنا الى تحديد هذه المعالم البارزة فى موضوع النيابة فى هذه الدراسة المقارنة التى عمدنا فيها الى استيضاح أحكام مختلف النظم القانونية فى كل نقطة ذات بال من نقط البحث متخذين مثلا للنظم اللاتينية القانون الفرنسى والقانون الايطالى وللنظم الجرمانية القانون الألمانى والقانون السويسرى وللنظم الانجلوسكسونية القانون الانجليزى والقانون الأمريكى غير مغفلين فى نفس الوقت الشريعة الاسلامية وان نظرنا الى آثار فقهائها كوحدة تمثل نظاما قانونيا واحدا دون اقتصار على آراء مذهب معين دون سائر المذاهب الفقهية •

ولا نزعم أننا استوعبنا دقائق كل نظام من تلك النظم القانونية أو أننا أحطنا بكل ما جاء به فقه كل قانون من تلك القوانين ولكننا على أية حال قد أخذنا من كل منها ما يمثل الاتجاه العام للنظام القانونى أو لفقهه فى خصوص النقطة التى هى محل البحث وذلك بالقدر الذى يسمو عن التقصير المخل وان جاء دون الاحاطة الشاملة فى بعض الأحيان ــ وتصدق هذه الملاحظة أكثر ما تصدق على النظام الجرمانى والنظام الأنجلو سكسونى ثم الى حد ما على القانون الايطالى •

ويبرز لجوءنا الى استيضاح أحكام تلك القوانين المتعددة دون الاقتصار على المقارنة بين قانوننا وبين قانون أجنبى معين أن أحكام القانون المصرى (والقوانين العربية الأخرى المستمدة منه) فى مواد النيابة مستمدة من أكثر من قانون أجنبى واحد ، فالمشروع المصرى قد استهدى القانون الألمانى والقانون السويسرى الى جوار القوانين

اللاتينية كما تصرح بذلك المذكرة الايضاحية (١) لذلك كان من المفيد الالمام بأحكام تلك القوانين المختلفة فى كل نقطـة ذات بال من نقط البحث .

١١ ـ وتحديد الارادة التى ينعقد بها التصرف المقترن بالنيابة ثم تفسير نتائج النيابة على ضوء تحديد تلك الارادة هو ما تتنـاوله دراسة الطبيعة القانونية للنيابة وهو ما جعلناه موضوعا للكتاب الأول من هذه الدراسة تاركين لأحكام النيابة الكتاب الثانى .

وقبل أن نمضى فى تفصيل خطة البحث يهمنـا أن نكرر ـ وهو تكرار تشـفع له الرغبة فى وضـع الأمور فى نصابها قبل أن ندخل فى الموضوع ـ ان دراستنا هى عن النيـابة فى التصرفات القانونية بوجه عام تندرج تحته ـ ولا تختلط به ـ كافة الأوضاع القانونية الخاصة المنطوية على نيابة والتى تحكمها فضـلا عن القواعد العـامة للنيابة قواعدها الخاصة التى يختص بها كل وضع من تلك الأوضاع .

فنحن هنا لا ندرس الوكالة ـ مثلا ـ ولا نتناول ما بين الوكيل والموكل من رابطة منشـؤها عقد الوكالة وما يرتبه على طرفيـه من التزامات كما أننا لا نتناول الوصاية أو القوامة أو سائر النظم الخاصة بحماية ناقصى الأهلية من حيث قواعدها الخاصة التى لا تنبسط على غيرها من النظم . وان أشرنا ـ كما سنشير ـ الى الوكالة أو الوصاية أو غيرها من النظم المنطوية على نيابة فانما نشير اليها ونتناولها بوصفها تطبيقا من تطبيقات النيابة ولا يهمنا منها الا ما يتجلى فيها من القواعد

---

(١) « ويراعى أن الأحكام التى تضمنها المشروع فى شأن النيابة تعتبر مثالا فريدا لما يمكن استخلاصه من مقارنة الشرائع . فقد أتيح احكام التوفيق بين المذهب اللاتينى والمذهب الجرمانى رغم اقتباس نصوص مختلفة من تقنينات كل من المذهبين » المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى جـ ٢ ص ٥٠ .

العامة التى تحكم كافة الأوضاع المندرجة تحت النيابة دون القواعد الخاصة التى يتميز بها كل وضع عما سواه .

وهـذا المنهج تبرره الرغبة فى بناء هيكل نظرية عامة للنيابة فى التصرفات القانونية متميزة عن النظم التفصيلية المتعددة التى تدخل فى نطاق تلك النظرية العامة دون أن تختلط بها ودون أن تستوعبها . كما يبرر هذا المنهج الرغبة فى حصر الموضوع فى نطـاق معين تتحقق فيه امكانيات الوصول الى نتائج علمية بدلا من تشعب موضوع البحث الى خصوصيات نظم متعددة يكون فيها الباحث كالضارب على غير هدى فى أكثر من واد وهيهات لمثله أن يصـل الى غاية جديرة بما يستنفذه البحث من جهود .

١٢ ـ هذا وقد قسـمنا الكتاب الأول الخاص بطبيعة النيابة الى بابين الأول فى عناصر الارادة التى ينعقد بها التصرف المبرم بطريق النيابة والثانى فى تفسير نتائج النيابة مقدمين بين يدى ذلك عرضا لمختلف النظريات التى تعرضت لذلك التفسير وخاتمين الباب بما وصلنا اليه كنتيجة للبحث .

وسـند هذا التقسيم والترتيب أن نسـبة الارادة التعاقدية الى شخص النائب أو شخص الأصـيل يستحسن أن يسـبقها تحليل تلك الارادة الى عناصرها ـ من أهلية وسلامة من العيوب ـ والنظر على هدى الأحـكام الوضـعية فيمن يتطلب فيه توفر تلك العناصر كلهـا أو بعضـها بحيث يمكن بعد ذلك أن نقول على أساس سليم بأن تلك الارادة هى لهذا أو لذاك ممن يتنازعونها فى مختلف النظريات .

ويبدو لنا أن النظريات المختلفة التى تنبرى لتفسير طبيعة النيابة انما ظهرت بطريقـة مسـتبقية a priori فالراغبون فى التمسـك

بمبدأ اقتصار آثار التصرف نادوا بنظرية ارادة الأصيل أو بنظرية الافتراض التي مؤداها نسبة تلك الارادة آخر الأمر الى الأصيل ، وغير المتمسكين بذلك المبدأ نادوا بنظرية ارادة النائب ثم اختلفوا بعد ذلك في تبرير الخروج على مبدأ اقتصار آثار التصرف برجوع آثار تصرف النائب الى الأصيل دونه •

١٣ ــ ولنا أن نتساءل هنا عما اذا كان في النيابة فعلا خروج على مبدأ اقتصار آثار التصرفات مادامت فكرة تجريد الالتزام عن الأشخاص قد استقرت في الفقه الحديث •

كما لنا أن نتساءل عن قيمة ذلك المبدأ الذي يعتبر عند الكثيرين أصلا خالدا من أصول القانون وان كانت نشأته عند الرومان ترجع الى مقتضيات منطقهم القانوني الخاص (١) ذلك المنطق الذي ضربت عنه القوانين الحديثة صفحا اذ أقرت نظما كالنيابة وكالاشتراط لمصلحة الغير وكالعقود الجماعية بتطبيقاتها العديدة التي تزداد أهمية وانتشارا مع تطور المجتمعات الحديثة •

ومهما يكن من الأمر فان هذا المبدأ قد اكتسب عند عامة الفقهاء حجية ان لم يستمدها من قيمته الجوهرية فقد استمدها مما تستشعره النفوس من قداسة القديم (٢) •

---

(١) لم يسلم مبدأ اقتصار آثار التصرف من حملات فقهية من أعنفها مقال الأستاذ سافاتييه في المجلة ربع السنوية ١٩٣٤ ص ٥٢٥ وما بعدها •

Savatier : Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat, Rev. Trim. 1934, pp. 525 et s.

وان كان المؤلف قد خلط في هذا المقال بين نفاذ آثار التصرف بوصفه تصرفا وبين الاحتجاج به بوصفه واقعة • أنظر كذلك ايزينمان Eisenmann في مجموعة أعمال جمعية هنري كابيتان جـ ٤ ص ١٤٥ •

(٢) «Nous jugeons raisonnables les règles que nous avons l'habitude de suivre... dont un long respect a fait un principe».
Ripert : Les forces créatrices du droit, Paris, 1955, p. 335.

ومن هنا كان اتجاه بعض الفقهاء الى التسليم بمبدأ اقتصار آثار التصرف وعدم مناقشة أساسه مع اعتبار النيابة استثناء من ذلك المبدأ تمليه الضرورات العملية (١) •

ونحن قد فضلنا أن ندرس مسألة طبيعة النيابة دراسة مبتدأة غير متحيزة بادئين بتحليل الارادة التى ينبنى عليها التصرف الحاصل بطريق النيابة الى عناصرها ثم بنسبة تلك العناصر الى النائب أو الى الأصيل على ضوء أحكام القانون الوضعى لكى نخرج من ذلك بتحديد سليم للارادة التى ينعقد بها أهى ارادة النائب أم ارادة الأصيل •

واذ ننتهى فى الباب الأول من الكتاب الأول من دراسة الارادة التعاقدية فى النيابة ننتقل من التحليل الى التركيب فنتناول فى الباب الثانى من ذلك الكتاب طبيعة النيابة عارضين النظريات المختلفة التى

---

(١) أنظر مثلا فايل : « مبدأ اقتصار آثار التصرفات فى القانون الخاص الفرنسى » ص ٩٦ :

« ان المجموعة المدنية اذ أقرت النيابة الكاملة قد خرقت مبدأ اقتصار آثار التصرف بسبب الضرورات القهرية التى لا محل للخوض فيها والمساس بالمادة ١١٦٥ واقعة ينبغى تسجيلها بغير جدل . وهكذا نرى هنرى كابيتان يقول انه لتفسير النيابة ينبغى الاعتراف آخر الامر بأن التصرف القانونى يصح أن يصيب بآثاره شخصا غير الذى أجراه (ص ٩ كابيتان : المدخل الى دراسة القانون ص ٣٦٥) وبعيد عنا الزعم بعدم جدوى الدراسات العميقة التى قام بها مؤلفون أعلام لتحديد الطبيعة القانونية للنيابة غير انه مهما يكن من أمر النظرية التى نختارها فان مبدأ اقتصار آثار العقد على شخص المتعاقد قد مس مساسا من العبث انكاره » .

«... Le Code en accueillant la ripréseniation parfaite bat manifestement en brè-
«che la relativité des conventions, en raison de nécessités impérieuses sur les-
«quelles il est inutile d'inssiter;; l'atteintl à l'art 1165 est un fait qu'il faut
«purement et simplement enregistrer. Henri Capitant enseigne ainsi que pour
«expliquer la représentation, il faudra ereconnaître enfin qu'un acte juridique
«peut produire ses effets sur la tête d'une personne autre que celui qui l'accom-
«plit». (H. Capitant : Introduction à l'étude du droit, p. 365). Loin de nous
«l'idée de taxer d'inutiles les savantes étude sque d'éminents auteurs ont con-
«sacrées à la détermination de la nature juridique de la représentation. Mais
«que lque soit le système adopté, la personnalité des efefts du contrat subit une
«atteinte qu'il serait vain de contester».
Weill : La relativité des conventions en droit privé français, p. 96.

بعت فى الفقه لتفسير طبيعة النيابة خاتمين ذلك الباب بفصل تتناول فيه نتيجة بحثنا على ضوء ما قدمناه فى الباب الأول .

أما الكتاب الثانى الذى أفردناه لأحكام النيابة فقد تضمن أربعة أبواب الأول يتناول نشأة النيابة ومداها فى فصول ثلاثة عن الانابة ومدى النيابة والانابة الظاهرة وعرضنا فى أول هذه الفصول فكرة الانابة كتصرف متميز عن الرابطة القانونية التى تصل النائب بالأصيل من وكالة أو غيرها وفصلنا أحكام الانابة من حيث نشأتها وتناولنا فى الفصل الثانى تحديد مدى النيابة وبيان نطاق صفة النائب فى ابرام تصرفات يعود أثرها مباشرة على الأصيل وتعرضنا فى الفصل الثالث لنظرية الانابة الظاهرة التى كان للقضاء فضل فى ارساء قواعدها والتى انعكست كذلك على بعض النصوص التشريعية كأثر من آثار تفاعل القواعد القانونية مع الحاجة العملية المتمثلة فى ضرورة استقرار المعاملات .

وفى الباب الثانى من الكتاب الثانى درسنا فى فصول ثلاثة أثر النيابة بالنسبة للأشخاص الثلاثة الذين تنظمهم ظاهرة النيابة وهم الأصيل والنائب والغير الذى يتعامل معه النائب ، ثم خصصنا الباب الثالث من الكتاب الثانى لانقضاء النيابة ، وختمنا ذلك الكتاب بباب رابع تناولنا فيه تنازع القوانين فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى التى تنشأ بطريق النيابة .

الكتاب الأول

طبيعة النيابة

الباب الأول

فى عناصر الارادة فى النيابة

١٤ ـ تصادفنا ظاهرة النيابة فى أكثر من موضع فى نطاق القانون ، ولكنها على تعدد تطبيقاتها وتباين مظاهرها تتمثل فى أمر واحد هو أن عقدا أو تصرفا قانونيا معينا تعود آثاره على شخص غير الشخص الذى كان ظاهرا فى اجراء العقد أو التصرف القانونى . هذا هو جوهر الأمر فى كل حالة من حالات النيابة المتعددة فى القانون وهذا هو ما لفت الأنظار الى ظاهرة النيابة منذ كانت ، فانه لا شك فى أن رجوع آثار العقد على شخص غير الذى تولاه خروجا ظاهريا على طبيعة الأشياء ومجافاة ـ أول وهلة ـ للأصول القانونية مما دفع بالبعض الى القول بأن مبدأ النيابة هو « فظاعة منطقية » (١) ودعا من قبل ذلك فقهاء الرومان الى عدم تقرير مبدأ النيابة والتحايل على بلوغ الأغراض العملية التى يهدف اليها بطرق أخرى لا تخرق منطق القواعد القانونية التى مؤداها أن آثار العقود والتصرفات القانونية لاصقة بالشخص فلا تتعدى القائم بالعقد أو التصرف الى سواه .

---

(١) « monstruosité logique » والتعبير للفقيه الألمانى Puchta أشار اليه ايهرنج فى « روح القانون الرومانى » ج ٤ ص ٥١٠ ترجمة فولعير الفرنسية .

والبحث فى الطبيعة القانونية للنيـابة انما يرمى الى تبرير هـذا الخروج الظاهر على مقتضى المنطق القانونى وشرح كيفية عمل النيابة للوصول الى هذه النتيجة التى تنتهى اليها وتفسير رجوع آثار العقد أو التصرف الى الأصيل بينما هو لم يتول اجراءه وانما كان النائب وحده هو الظاهر فى اجرائه . والفقهاء اذ يحاولون ذلك انما يسعون ى تحديد الارادة التى ينعقد بها العقد أو التصرف الذى يتم بطريق النيابة : أهى ارادة النائب ؟ أم ارادة الأصيل ؟ أم أن كلا من هاتين الارادتين تسهم بنصيب فى العقد أو التصرف ؟ وطبيعى أن يتجه البحث هذه الوجهة فما دامت العقود وسائر التصرفات القانونية قائمة عـلى الارادة فيتعين اذن البحث فى الارادة التى تقوم عليها العقود والتصرفات القانونية الحاصلة بطريق النيابة لمعرفة ارادة من هى ، وبنـاء هيكل النيابة الفنى على أساس النتيجة التى نصل اليها من هذا البحث .

١٥ ــ ونحن لن نستبق الحوادث فنقرر مع البعض (١) ابتداء أن النيابة هى فى جوهرها « حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل حلولا تاما وحقيقيا فى اجراء التصرف القانونى » كما أننا لن نذهب مذهبا آخر غير هذا قبل أن ننظر فى هذه الارادة التى ينعقد بهـا العقد أو التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة فنفحصها جيدا ونحللها الى عناصرها لنصل فى آخر المطاف الى نسبة هذه الارادة الى واحد من الشخصين اللذين يتنازعانهـا فى مختلف المذاهب ، أعنى النـائب والأصيل ، ولنصل بذلك الى معرفة طبيعة النيابة والى تفهم كيفية عمل هذا النظام وتفسير نتيجته التى بدت وتبـدو لأول وهلة خارجة عن طبائع الأشياء .

والارادة نشاط نفسى أو حالة نفسية يعبر عنهـا صاحبها فتنتج

(١) بيلون وتتابعه الغالبية العظمى من الفقهاء المعاصرين .

عنها آثار قانونية ولم تجر عادة الفقهاء على الاهتمام بأمر الارادة فى ذاتها باعتبارها ظاهرة نفسية لأنها من هذه الوجهة لا تخلو من ابهام وتعقيد ولذا قل منهم من درسها بتفصيل وحللها الى عناصرها ولعل ذلك من تأثير تلك الفكرة التى سادت زمنا فى الفقه ومؤداها أن القانون لا يسوغ له أن يخترق حجب الضمير وأن يحكم النوايا التى تختلج بها سرائر الأفراد ليتعرف كيف ولماذا يريد الشخص هذا الأمر أو ذاك (١) • ومع ذلك فان دراسة الارادة وتحليلها لا يخلوان من فائدة بل قد يتطلبهما التطبيق الصحيح لبعض أحكام القانون كما فى عيوب الارادة وكما فى السبب على النظرية الحديثة التى تهتم أيما اهتمام بالبواعث والدوافع التى تنبعث عنها الارادة التعاقدية • هذا ونحن أحوج الى النظر فى الارادة عند بحث النيابة فى التصرفات القانونية مادام أن التصرف القانونى قائم على الارادة على ما سبق التنويه به •

ولهذا كله يتعين الاهتمام ببحث الارادة ودراسة عناصرها بالاستعانة بما تقرر فى علم النفس بهذا الشأن ، مع ملاحظة أن بحثنا ليس فى الارادة كظاهرة نفسية مجردة ـ فهذا أمر محله على النفس ـ وانما نحن نبحث فى الارادة التى هى قوام التصرفات القانونية أى المتجهة الى احداث آثار قانونية ، ولذا ينحصر بحثنا للارادة وتحليلنا لها على هذا الجانب وبمقدار ما يتصل بالقانون وتنبنى عليه أحكام قانونية •

١٦ ـ الارادة لكونها قصدا وتصميما تسبقها فى النفس عملية عقلية محلها تصور مضمون الارادة وتحديد موضوعها ، فالمتعاقد فى عقد البيع مثلا يستحضر فى ذهنه ـ قبل أن تصدر عنه الارادة التعاقدية ـ البيع بعناصره المختلفة ويتصور البدلين ما يقدمه وما يأخذه

(١) أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٢ بند ١٧١ أيضا بهجت بدوى بند ٤٦ •

كما يتمثل النتـائج العملية التى تترتب على العقـد والالتزامات التى يرتبها عليه وعلى الطرف الآخر . هذه العملية الذهنية هى ما يسميه علماء النفس بالتصـور (١) ويعتبرونه أولى مراحل العمل الارادى وهى عندهم أربعة مراحل تتعاقب فى نفس من تصدر عنه الارادة . فأولاها هى مرحلة التصور التى سلفت الاشارة اليها والتى تقع قبل أن تتولد الارادة بمعناها الصحيح وفى هذه المرحلة يتمثل فى النفس شىء أو أشياء متعددة يصح أن تكون موضوعا للارادة كما يستحضر المرء الآثار التى يمكن أن تترتب على هذا الشىء أو ذاك ان اتجهت اليه ارادته ، ففى مثالنا يكون المتعاقد بين أن يشترى وبين ألا يشترى مثلا وبين أن يشترى هذا الشىء أو ذاك وبهذه الشروط أو تلك الخ..

والمرحلة الثانية للعمل الارادى هى مرحلة التدبر (٢) حيث يوازن المرء بين مختلف الأمور التى يصح أن تنصرف اليهـا ارادته ويتدبر نتائجهـا المختلفة ثم يختـار من بينها واحدا يكون هو موضوع الارادة (٣) . هذا ويلاحظ أنه فى كثير من الأعمال الارادية لا تظهر هذه المرحلة بل تندمج فيما بعدها اذ لا يحضر فى ذهن المرء الا فكرة واحدة أو موضوع واحد للارادة فلا يكون هناك محل للتدبر والاختيار بل يلى التصور مباشرة التصميم ثم التنفيذ .

والتصميم (٤) هو المرحلة الثالثة فى العمل الارادى متى انتهى المرء الى اختيار موضـوع ارادته والتصميم أو الانفعال الارادى (٥)

---

(١) Conception.

(٢) Délibération.

(٣) وقد قيل ان الارادة هى الاختيار لأجل « Vouloir c'est choisir pour agir » والتعبير للنفسانى ريبو Ribot اشار اليه دوجى ج ١ ص ٢١٢ . قارن تعريف ابن رشد للارادة بأنها « قوة فيها امكان فعل أحد المتقابلين على السواء » تهافت التهافت ص ٩ .

(٤) Décision.

(٥) Volution

هو فى الواقع جوهر الارادة وهو ما يسبغ على العمل الارادى صفته ؛ وبه تتولد فى النفس الارادة بمعناها الحقيقى .

ومتى وصل العمل الارادى الى هذه المرحلة لم يبق الا أن يوضع موضع التنفيذ . والتنفيذ (١) هو آخر مراحل كل عمل ارادى حيث ينقل المرء تصميمه الداخلى الى العالم الخارجى ، فيفصح المتعاقد فى مثالنا عن ارادة معينة تترتب عليها الآثار القانونية التى قصد اليها صاحب الارادة .

على ضوء ما تقدم لنا من النظر فى الارادة وتمييز مراحلها فى النفس نستطيع أن نقول مع العلامة النفسانى برادين (٢) ان الارادة تبدو دائما كمظهر من السلوك يتميز أولا باستهداف أغراض معينة يطلب الشخص الوصول اليها ويتميز ثانيا باصطناع وسائل معينة من شأنها تحقيق تلك الأغراض وعلى هذا تكون الارادة دائما مزيجا من استهداف غرض واصطناع وسيلة وهى بهذا الوصف وليدة الفكر مرتين : ـ مرة أولى اذ يتحدد الهدف المقصود ومرة ثانية اذ تصطنع وسيلة تحقيقه .

ومن هنا كان العمل الارادى وثيق الصلة بالذكاء العقلى ومتوقف الوجود على تعقل الأسباب والمسببات (٣) وقد عرف بعض علماء

---

(١) Exécution

(٢) موريس برادين ـ موسوعة علم النفس العام ـ جـ ٢ ص ٣٤٦ (باريس سنة ١٩٤٨) .

Pradines, Maurice : Traité de psychologie générale, tome II (Paris 1948), p. 346.

« La volonté se révélera, en effet, toujours et partout à nous comme un type « de conduite qui, d'une part, poursuit des desseins opératoires et définis, et, « d'autre part, y adopte des moyens connus, disponibles et efficaces. La vo- « lonté est toujours indissolublement finalité et mécanicité, finalité par les des- « seins, mécanicité par les moyens. Elle est toujours deux fois raison : raison « d'agir et rationalité du mouvement d'agir ».

(٣) برادين ـ المرجع السابق ص ٣٤٩ .

النفس الارادة بأنها « المجهود العقلى الدافع الى الفعل » أو بأنها « الملكة التى بها يتصور الانسان أمرا يختار بين أن يقوم به وأن لا يقوم به » (١) .

والارادة بهذا المفهوم تنطوى بالضرورة على حكم قيمى لكونها اختيار الأفضل بين البدائل المتاحة بل ان للارادة مضمونا أخلاقيا حتى ليصح أن يقال ان الفعل الأخلاقى هو الفعل الارادى بالمعنى الأكمل (٢) ولا يصح أن يسمى فعلا اراديا ذلك الفعل الذى ينساق فيه الانسان وراء نوازعه العفوية فالارادة هى تحكيم العقل فى الهوى وتغليب الميول العليا على الميول الدنيا (٣) .

وبتطبيق هذه المعايير على الارادة فى المجال القانونى يمكننا أن نصل الى تحديد عناصر الارادة التى تقوم عليها التصرفات القانونية ، فالتصرف القانونى لا يقوم صحيحا على كل ارادة يظهرها صاحبها فى العالم الخارجى بالتعبير عنها فى الشكل الذى يقرره القانون وانما يستلزم القانون أن تتوفر فى تلك الارادة عناصر معينة مرجعها جميعا الى أن الارادة ظاهرة نفسية يقترن بها ويصحبها حتما نشاط ذهنى معين على الوجه الذى سلف شرحه واذن فيشترط القانون فى الارادة التى يقوم عليها التصرف القانونى أن تكون صادرة من شخص متمتع بنصيب معين من القوى الذهنية يوفره له سنه أولا ثم سلامته من الآفات العقلية ثانيا كما يشترط القانون ألا تعرض لصاحب هذه الارادة ظروف تحد من حريته أو تنال من تبصره وادراكه ، وبعبارة

---

(١) انظر الموسوعة الأبجدية المعنوية « علم النفس الحديث من الالف الى الياء » باريس ١٩٦٧ تحت لفظة ارادة ص ٥٤١ .

(٢) بول فولكييه : « الارادة » باريس ١٩٥١ ص ٢٣ — ٢٤ .

(٣) برادين المرجع السابق ص ٣٩٠ .

(٤) فولكييه المرجع السابق ص ٢٥ و ٤٢ .

أخرى يشترط أن يتوفر فى الارادة عنصران : الأهلية والسلامة من العيوب (الاكراه والغلط والتدليس) (١) • هذا ،ان الارادة وان توافر لها هذان العنصران قد يحيط بها من الظروف ،ما يؤثر فى قيمتها القانونية أو فى الآثار التى تبنى عليها وهذه الظروف يصح أن نقول عنها انها تتعلق بالمضمون الأخلاقى للارادة من ذلك مثلا سوء النية وحسن النية والعلم أو عدم العلم بظروف معينة الخ •

ونحن قبل أن ندلى بقول فى طبيعة النيابة أو نحاول شرح عمل هذا النظام وتفسير نتائجه سنعرض للارادة التى يقوم عليها العقد أو التصرف الحاصل بطريق النيابة فننظر فى عناصرها ونتلمس على ضوء الأحكام الوضعية ما اذا كانت مطلوبة لدى الأصيل أو لدى النائب فنخرج من ذلك الى نسبة تلك الارادة الى هذا أو ذاك ومن ثم نصل الى رأى معين فى طبيعة النيابة يكون مبنيا على أساس قويم •

واذن فسنتكلم فى فصل أول عن الأهلية عند الاصيل وعند النائب ثم فى فصل تال على عيوب الارادة عند الأصيل وعند النائب ثم فى فصل ثالث على الظروف الخاصة المحيطة بالارادة والمؤثرة فى التصرف القانونى الحاصل بطريق النيابة •

---

(١) تضمنت المادة ١٢٨ من القانون المدنى القديم هذين الشرطين ونصها : « من عقد مشارطة تعهد فيها بشىء ولم يكن ذا أهلية للعقد أو لم تكن مبنية على رضى صحيح منه فلا يكون ملزما بوفاء مما تعهد به فى تلك المشارطة » وشرطا الارادة موزعان فى القانون الحالى بين المواد ٤٤ ـ وما بعدها و ١٢٠ وما بعدها •

الفصل الأول

فى الأهلية

١٧ ـ تنص المادة ٤٤ من القانون المدنى المصرى على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . فالأهلية اذن هى فى جوهرها مسألة سن وعقل وتدبير ، ذلك أن الشارع رأى أن الأفـراد لا تتوافر لهم الصلاحية للمعاملات الا متى بلغوا سنا معينة تكفل لهم من النضوج ما يمكنهم من رعاية مصالحهم ، وكانوا الى هـذا سالمين من الآفات العقلية التى تفقدهم التمييز ، ولم يعرفوا ـ الى هذا وذاك ـ بغفلة أو بسفه يكونون معها سيئو التدبير غير جديرين بالقيـام على شئون أنفسهم ورعاية مصالحهم حق رعايتها .

والشارع اذ يمنع بعض الأفراد من القيام بالتصرفات القانونية ـ كلها أو بعضها حسب الأحوال ـ ينبعث غالبا عن الرغبة فى حمـاية هؤلاء الأفراد من عديمى الأهلية أو ناقصيها اذ أنهم لما يقوم بهم من الظروف لا يستطيعون كما قدمنا أن يدبروا أمورهم ويحموا مصالحهم فلو ترك لهم الشارع باب المعاملات مفتوحا لكانت احاقة الضرر بهم مؤكدة ولكان ضـياع مصالحهم نتيجة حتمية لتصرفاتهم المفتقرة الى

التمييز وحسن التدبير (١) .

١٨ ـ والأشخاص كاملو الأهلية لهم أن يقوموا بالتصرفات القانونية كافة ، أما من عداهم فليس لأهليتهم بطبيعة الحال هذا الشمول وانما تقتصر على بعض التصرفات القانونية فى حالة ناقصى الأهلية الذين يبين القانون التصرفات التى يمكن أن يقوموا بها من تلك التى تمتنع عليهم ، أما عديمو الأهلية فهؤلاء ليست لهم صلاحية القيام بأى تصرف قانونى ـ وهذا كله على ما هو مفصل فى مظانه من أحكام الأهلية (٢) .

وعديمو الأهلية وناقصوها يقرر لهم القانون أشخاصا يعينون لرعاية مصالحهم والقيام نيابة عنهم بالتصرفات القانونية التى تتطلبها تلك المصالح ، وهؤلاء هم النواب القانونيون من أولياء وأوصياء وقوام وهم بطبيعة الحال دائما كاملو الأهلية اذ لا يتصور أن يعهد القانون برعاية مصالح ناقصى الأهلية الى من هو ناقص الأهلية والا انتفت الحكمة من اقامة النواب القانونيين .

على أننا اذ نفحص الأهلية كعنصر من عناصر الارادة التى تقوم عليها التصرفات القانونية الحاصلة بطريق النيابة ، لا نتعرض لحالات النيابة القانونية . ففى جميع هذه الحالات نكون أمام أصيل ناقص الأهلية أو عديمها ، ونائب كامل الأهلية . والحق أن مسألة الأهلية فى اتصالها بالتصرف القانونى لا تعرض فى هذه الحالات مطلقا لأن النائب

---

(١) الرغبة فى حماية عديمى الاهلية وناقصيها هى الدافع فى الغالبية العظمى وفى حالات نقص الاهلية أو انعدامها كما فى حالة القصر والمحجور عليهم ، وإن كان ذلك لا ينفى أن القانون يقرر أحيانا حالات لنقص الأهلية بدوافع أخرى كما فى حالة المرأة المتزوجة فى بعض الشرائع الأجنبية وكما فى حالة المادة ٢٥ فقرة رابعة من قانون العقوبات التى تقرر عدم أهلية المحكوم عليه بعقوبة جناية طوال مدة العقوبة لادارة أمراله ، وكما فى حالة رعايا الأعداء الذين يوضعون تحت الحراسة فى أوقات الحروب .

(٢) أنظر السنهورى فى نظرية العقد بند ٣٢٠ وما بعده وحلمى بهجت بدوى بند ٨٣ وما بعده .

القانونى اذ يتصرف لا يتصرف بطبيعة الحال بأهلية الأصيل اذ أنهـا معدومة أو ناقصة كما أنه لا يتصرف أيضا بأهليته هو لأنه وان كان كامل الأهلية الا أنه فى تصرفه لحساب الأصيل مقيد بقيود وشروط وخاضع لأحكام واجراءات لا يخضع لأى منها اذ يتصرف لنفسه واذن فالأهلية فى صـلتها بالتصرف القانونى وباعتبارها عنصرا فى الارادة لا يبدو لها دور ما فى حالات النيابة القانونية وانما هى حالات ينظمها القانون تنظيما دقيقا جامعا مانعا غايته حمـاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها .

١٩ ــ وبالعكس ففى حالات النيابة الاتفاقية تظهر أهمية الأهلية كعنصر فى الارادة التعاقدية وفى هذه الحالات يكون بحثنا عن هـذا العنصر لدى النائب ولدى الأصـيل مجديا ومؤديا الى نتيجة ذات أهمية من حيث امكان نسبة الارادة المنشئة للعقد أو التصرف الحاصل بطريق النيابة اما الى الأصيل واما الى النائب .

ولقد حوى القانون المدنى الفرنسى نصا فى هذا الخصوص هو نص المادة ١٩٩٠ التى تقرر أن « القاصر غير المأذون يمكن اختيـاره وكيلا ، غير أن الموكل لا تسمع دعواه ضد الوكيل القاصر الا بمراعاة القواعد العامة المتعلقة بالتزامات القصر » . والعبارة الأخيرة من هذه المادة تخص العلاقة الداخلية بين الموكل والوكيل وانما يهمنا هنا صدر المادة الذى يجيز لناقص الأهلية أن يكون نائبا اتفـاقيا شأنه شأن الشخص كامل الأهلية . وقد كانت هذه المادة من التقنين المدنى الفرنسى قبل تعديلها بالقانون رقم ٥٧٠ لسنة ١٩٦٥ (الذى اسبغ على المرأة المتزوجة الأهلية الكاملة ورفع عن أهليتها القيود التقليدية) تنص على أن « النساء والقصر المأذونين يمكن اختيارهم وكلاء ، الا أن الموكل لا تسمع دعـواه ضد الوكيل القـاصر الا بمراعاة القواعد الخـاصة بالتزامات القصر ولا ضد المرأة المتزوجة التى قبلت الوكالة بلا ترخيص

من زوجها الا بمراعاة القواعد المقررة فى باب عقد الزواج وحقوق الزوجين المتقابلة » •

وفى ظل هذا النص كان الفقه والقضاء فى فرنسا مجمعين على أن تلك المادة وان خصت بالذكر المرأة المتزوجة والقاصر المأذون الا أن حكمها يشمل جميع ناقصى الأهلية اذ لا موجب للتمييز بين الطائفتين المذكورتين فى نص المادة ١٩٩٠ القديم وبين غيرهم من ناقصى الأهلية فحكمة النص كما كانت تنطبق على هاتين الطائفتين من ناقصى الأهلية كانت تنطبق أيضا على القصر وعلى المحجورين ولهذا كان الفقه والقضاء الفرنسيان يريان أن صياغة المادة ١٩٩٠ القديمة لم تكن على سبيل الحصر ولم يقصد المشرع فيها الى تعداد الأشخاص الذين يجوز أن يكونوا وكلاء وأن حكمها يشمل لذلك كل ناقصى الأهلية (١) •

وقد جاء النص على هذه القاعدة ضمن القواعد العامة للنيابة فى أحدث التشريعات اللاتينية وهو القانون المدنى الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ فى المادة ١٣٨٩ منه ونصها « فى حالة ما اذا كانت النيابة صادرة من صاحب الشأن يكفى لصحة العقد الذى يقوم به النائب أن يكون هذا الأخير متمتعا بأهلية القصد والارادة وبخصوص طبيعة

---

(١) أنظر أوبرى ورو جـ ٤ ص ٦٣٩ حاشية ١٠ ولوران جـ ٢٧ بند ٣٩٧ وترولون فى الوكالة بند ٣٣٢ وبوبسكو ـ رامنسيانو ص ٢٤٠ – ورواست ص ٤٨ وبلانيول وريبير وبولانجيه بند ٣٠٢٦ وأيضا ١٠٣ وانظر نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ سيريه ٢٣/١/١٩٣٥ ونقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعى ٩٧/٣٤ وسيريه ١٣٧/١/١٩٣٦ مع تعليق لفيالتون Vialleton وقد صدر الحكم الأخير فى قضية تتلخص وقائعها فى أن محجورا يقطن بعيدا عن القيم عليه استخدم بستانيا وبمناسبة مطالبة البستانى بتعويض عن حادث أصابه أثناء العمل بحثت المحكمة فيما اذا كان هناك عقد عمل يربطه بالقيم وقد أجابت المحكمة على هذا السؤال بالايجاب ويعلل صاحب التعليق هذا الحكم على أساس فكرة وجود وكالة ضمنية من القيم للمحجور عليه فى الأعمال التى تقتضيها حياته اليومية ومعيشته بعيدا عن القيم واذن فيكون المحجور عليه قد ناب فى التعاقد مع البستانى عن القيم عليه وعلى ذلك يكون العقد صحيحا على أساس هذه النيابة رغم عدم أهلية المحجور عليه لمثل هذا العمل •

ومضمون العقد المذكور تشترط فى الأصيل الأهلية القانونية » (١) ٠

٢٠ ــ وقد نص القانون المدنى الألمانى على نفس القاعدة التى قررتها المادة ١٩٩٠ من القانون الفرنسى والمادة ١٣٨٩ من القانون الايطالى اذ نصت المادة ١٦٥ منه على أن « اعلان الارادة الصادر من النائب أو اليه لا يتأثر بكونه مقيد الأهلية فى استعمال حقوقه » ويقول الأستاذ سالى Saleilles تعليقا على هذه المادة أنه من المفهوم أن يريد القانون حماية القصر فيما يختص بالتصرفات القانونية التى يجرونها لحساب أنفسهم ولكن أى داع لأن يحمى القانون الأشخاص كاملى الأهلية الذين يرتضون أن يوكلوا شئونهم الى قصر ؟ لا يكون ذلك الا اذا كانت ارادة ناقصى الأهلية ارادة لا يعتد بها القانون وتعتبر كأنها غير موجودة وهو خلاف الواقع اذ أن تقييد أهلية هؤلاء الأشخاص لا يرجع الى قصور حقيقى فى ارادتهم وانما الى رغبة القانون فى حماية مصالحهم (٢)

ويتضمن القانون السويسرى القاعدة نفسها فى أهلية النائب ويعللها الفقه هناك بمثل التعليل المتقدم (٣) ٠

٢١ ــ وفى القانون الانجليزى والقانون الأمريكى نجد أن الحكم فى أهلية النائب هو بعينه ما تقدم ، فعندهم « لا تشترط فى

---

(١) نصت على القاعدة نفسها المادة ٥ من المشروع التمهيدى الأول فى شأن النيابة الذى صدر فى سنة ١٩٥٥ من المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص ونصها :
« الشخص الذى تصدر عنه الانابة يجب أن تتوفر فيه الأهلية القانونية لابرام التصرف المناب فيه ، ولكن يكفى لكى ينتج التصرف أثره فى الاصل والغير يجب أن يكون النائب متمتعا بأهلية التمييز وان لم تتوفر فيه الاهلية اللازمة لابرام ذلك التصرف باسمه شخصيا » ٠
على أن المشروع التمهيدى المعدل الصادر سنة ١٩٧١ خلا من مثل هذا النص ٠ ويرجع ذلك غالبا الى أن هذا المشروع المعدل يتناول تنظيم النيابة فى عقود البيع الدولى للسلع وهو مجال لا يعمل فيه الا محترفو هذا النوع من النشاط التجارى وليس من المتصور فيه انابة ناقص الأهلية ٠

(٢) أنظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدنى الألمانى ص ٢٠٧

(٣) فون توهر ص ٣١٤ حاشية ٢٩ ٠

النائب الأهلية التى تشترط فى الأصيل فليس من الضرورى مطلقا أن يكون النائب كامل الأهلية بل أن كل شـخص ، فيما عدا المجنـون وضعيف العقـل والقاصر غير المميز ، يستطيع أن يكون نائبـا عن الغير ولو أنه ليس أهلا للتصرف لحساب نفسه » (١)

٢٢ ـ وهذا الحكم مقرر فى مصر وان خـلا من النص عليه قانوننا المدنى القديم والجديد فهو مبـدأ مقرر لا يفتقر الى نص تشريعى (٢) كما أن هذا الحكم مأخوذ به فى الشريعة الاسلامية حيث يشترط فى الوكيل أن يكون ممن يعقل العقد ويقصده أى أن يكون من « أهل العبارة » ويكتفى بهـذا فلا يشترط اذن أن يكون كامل الأهلية وعلى هـذا فيجوز فى الشريعة الغراء توكيل القاصر والرقيق

---

(١)

« ... agents are not required to possess the same qualifications as are principals. It is by no means necessary for a person to be sui juris or capable of acting in his or her own right, in order to qualify himself or herself to act for others; and it is generally held that anyone, except a lunatic, imbecile or infant of tender years, may be capable of acting as agent for another, although he is not capable of acting for himself ».

Bowstead, A Digest of the Law of Agency, p. 8.

وأنظر فى نفس المعنى فى القانون الأمريكى

Reestatement of the Law of Agency, Washington, 1933, Vol. I, pp. 63-64; Mechem, Sect. 19; Coppola, Sect. II.

وانظر بوبسكو رامنسيانو ص ٥٥٠ المراجع المذكورة به وكذلك انظر

Ferson, Sect. 293.

حيث يشير المؤلف الى حكم قديم صدر فى سنة ١٨٣٣ قبل الغاء الرق فى الولايات المتحدة قاضيا بأن عقد الرقيق بصفته نائبا عن سيده صحيح بالرغم من عدم تمتعه بأهلية التعاقد لنفسه وانظر كذلك Stoljar, p. 232, note 46, p. 285.

(٢) أنظر استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٥ ـ المحاماة ٢٩٢/١٢٢/١٦ : « انه وان كان من اللازم أن يكون الموكل راشدا الا أنه لا يشترط الرشد فى الوكيل اذ من له ثقة فى كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلا عنه تحت مسئوليته وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل أن يهتم بالتحرى عما اذا كان بالغا سن الرشد أو غير بالغ لأن معاملته من الوجهة القانونية هى مع الموكل لامع الوكيل الذى لا يخرج عن كونه لسان الموكل » ويلاحظ مافى هذه العبارة الأخيرة من ميل نحو النظرية التى تنسب الارادة التعاقدية الى الأصيل . نفس المبدأ استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٤٨/٩٠/١٦

والمرتد وغيرهم من ناقصى الأهلية الذين لهم عبارة معتبرة شرعا (١) .

وغنى عن الذكر كما يفهم مما تقدم أن ناقصى الأهلية الذى تجوز اقامته نائبا اتفاقيا يجب أن يكون متمتعا على الأقل بالتمييز وهو ما برره علماء الشريعة بقولهم « لأنه يقوم مقام الموكل فى العبارة وأهلية العبارة لا تكون الا بالعقل والتمييز .. حتى لو كان الوكيل صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا اذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم » (٢) .

٢٢ مكرر — ولئن كان القانون المدنى المصرى قد جاء خلوا من نص صريح بشأن أهلية النائب الاتفاقى فان قوانين بعض الدول العربية الأخرى قد تضمنت مثل ذلك النص فمجلة الالتزامات والعقود التونسية تنص فى الفصل ١١٠٥ منها على أنه « يشترط فى صحة الوكالة أن يكون الموكل أهلا لأن يجرى بنفسه ما وكل عليه ولا يشترط ذلك فى الوكيل بل يكفى فيه أن يكون عاقلا مميزا ولولم يكن أهلا لاتمام ما وكل عليه بنفسه » . وتنص المادة ٩٣٠ من القانون المدنى العراقى فى فقرتها الثانية على أنه « يشترط أن يكون الوكيل عاقلا مميزا ولا يشترط أن يكون بالغا فيصح أن يكون الصبى المميز وكيلا ولو لم يكن مأذونا » . كما تنص المادة ٦ من قانون الوكالة

---

(١) انظر المبسوط ج ١٩ ص ٤٥ و ١٥٨ — ١٥٩ ، وابن عابدين ج ٤ ص ٤١٧ ، وفتح القدير ج ٦ ص ١١٠ — وفى أحد الأقوال عن الشافعى أنه يشترط فى الوكيل توفر الاهلية للعقد الموكل فيه ، أنظر نهاية المحتاج ج٤ ص١٤ : « وشرط الوكيل .. صحة مباشرته التصرف الذى وكل فيه لنفسه والا لم يصح توكيله اذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره فاذا لم يملك الأقوى لم يملك دونه بالأولى ، لا صبى ولا مجنون ولا مغمى عليه ولا نائم ولا معتوه .. وكذا المرأة والمحرم بضم الميم فى عقد النكاح ايجابا وقبولا لسلب عبارتهما فيه » ويعلق الرشيدى على هذا القول فى حاشيته على النهاية (ص ١٩ من المرجع المذكور) بقوله : « قوله فاذا لم يملك الاقوى لم يملك دونه الخ . فى هذا التعليل نظر لايخفى وعبارة غيره : لأنه اذا لم يقدر على التصرف لنفسه فلغيره أولى » ويضيف الشبراملسى فى حاشيته : « لكن الصحيح اعتماد قول الصبى » .

(٢) تكملة فتح القدير لقاضى زاده ج ٦ (من الفتح) ص ١٤ .

السوداني على أنه « يجوز تعيين أى شخص مميز وكيلا لأداء أى عمل » •

٢٣ ــ ومن استعراض أحكام مختلف الشرائع فى هذه النقطة نستطيع أن نقرر أن القاعدة التى تنتظم كافة النظم القانونية التى تعرضنا لها هى عدم اشتراط كمال الأهلية فى النائب بالنسبة للتصرف الذى يجريه بصفته تلك والاكتفاء فيه بتوفر أصل الأهلية بمعنى أن يكون النائب ذا قصد وارادة صحيحين وان انتاب أهليته نقص يخرج عن نطاقها ذلك التصرف بعينه فيما لو كان عقده لحساب النائب نفسه • وعلة هذا الحكم فى جميع تلك الشرائع ذات شقين :

١ ــ ففيما يختص بعدم اشتراط كمال الأهلية للتصرف موضوع النيابة نجد العلة هى فى كون آثار ذلك التصرف راجعة بحكم النيابة الى الأصيل دون النائب وواقعة فى ذمة الأول دون الثانى •

٢ ــ وفيما يختص باشتراط توفر أصل الأهلية فى النائب نجد أن العلة هى أن النائب اذ يتولى ابرام التصرف عن الأصيل انما يبذل نشاطا اراديا خاصا يقوم عليه كيان التصرف القانونى واذن فلا معدى عن توفر أهلية القصد والارادة لديه وان يكن استعماله لتلك الأهلية فى شئون نفسه مقيدا بوجه من وجوه التقييد •

واذن فالحكم فى النائب أن يكتفى فيه بأهلية التمييز ولا يشترط فيه كمال الأهلية للقيام بالتصرف محل النيابة ، وحكمة ذلك أنه لا يتصرف لنفسه ولا تترتب له أو عليه حقوق ولا التزامات نتيجة للعقد الذى يبرمه نائبا عن موكله (١) •

---

(١) « La capacité du mandataire est indifférente pour l'exécution du mandat. On peut donc choisir pour mandataire un incapable quelcanque, une femme mariée non-autorisée, un mineur non-émancipé, si on a confiance dans son honnêteté et son intelligence. Cela tient à ce que le mandataire ne s'oblihe pas par les actes qu'il accomplit au nom de son mandant ».

ولم يشذ من التشريعات عن هذه القاعدة فى أهلية النائب ــ التى تسير عليها قوانين كافة البلاد على اختلاف نظمها القانونية كما رأينا ــ الا القانون التجارى الأسبانى فى المادة ٢٨٢ منه ومثله بعض قوانين التجارة فى بلاد أمريكا اللاتينية (شـيلى م ٣٣٨ والأرجنتين م ١٣٢ والمكسيك م ٣١٠) اذ تنص على أنه فى المواد التجارية يجب أن يكون الوكيل الحامل لوكالة عامة كامل الأهلية (١) .

أما عن الأصيل فانه لما كان صاحب الشأن فى العقد الذى يقـوم به وكيله وكانت ذمته هى التى تتحمل بالالتزامات وفيها تقع الحقوق الناشئة عن ذلك العقد ، كان من الطبيعى أن يشترط فيه كمال الأهلية للتصرف موضوع النيابة (٢) ومن هنا جاءت القاعدة المقررة فى جميع القـوانين والتى مقتضاها أنه لا يجـوز للشخص أن يوكل غيره فى تصرف لا يملكه بنفسه (٣) .

Planiol, Ripert et Boulanger, No. 3026.
« Quant à la capacité d'exercice du représentant, elle doit être simplement celle d'un individu sain d'esprit. Il est inutile que le représentant ait le plein exercice de sa capacité civile, car l'acte qu'il fait n'engagera pas son patrimoine » Rouast, p. 48.

(١) قارن فى الشريعة الاسلامية مذهب الشافعى على القول الذى نقلناه فى الحاشية

(٢) بند ٢٢ على أن هذا الخلاف فى القانون الأسبانى والقوانين المتأثرة به يقتصر كما هو واضح على المواد التجارية .

(٢) انظر استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ البلتان ١٦١/٢٥ :

« ان الذى لا يملك أهلية التصرف بنفسه لا يستطيع كذلك ان يتصرف بواسطة وكيل . وبالتالى يكون باطلا بطلانا أصليا البيع العقارى الصادر من وكيل عن شخص محجور عليه ليست له طبقا لقانونه الشخصى الذى يعتبره فى حكم القـاصر أهلية التصرف فى عقاراته الا بواسطة القيم عليه وبمراعاة أشكال معينة حددها القانون ».

« Celui qui ne possède pas la capacité d'aliéner personnellement ne peut pas davantagealiéner par mandataire. En conséquence est entachée de nullité radicale la vente immobilière consentie par le mandataire d'un interdit légal, lequel étant aux termes de sa loi personnelle assimilé à un mineur au point de vue de sa capacité, ne peut aliéner ses immeubles que par l'intermédiaire de son tuteur et avec l'emploi de certaines formes déterminées ». Appel Mixte, 30 Janvier 1913, B. 25.161.

(٣) انظر السنهورى : نظرية العقد بند ٢٠٧ وبهجت بلوى ص ٨٠-٨١ وترولون بند ٣٢٩ ولوران بند ٣٩٥ وبلانيول وريبير وبولانجيه بند ٣٠٢٥ ورواست ص ٥٦ ــ ٥٧ =

٢٤ ـ هذا والوقت الذى ينظر فيه الى توافر شروط الأهلية المتقدمة عند النائب ، وهو وقت اجراء العقد محل النيابة (١) • فالنائب يجب أن يظـل محتفظا بالتمييز لحين مباشرة العقد الذى أنيب فيه ، أما اذا فرضنا أن طرأ عليه بين صدور الانابة من الأصيل وبين اجـراء العقد المناب فيه ما أفقده أهلية التمييز فلا تعود له صفة فى النيـابة عن الأصيل ولا يكون العقد الذى يعقده ملزما لذلك الأصـيل بل لا يكون قائما أصـلا لانعدام أهليته بتـاتا أى لأنه لم يعد بتعبير الشرعيين « من أهل العبـارة » • أما الأصيل فيجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة للتصرف محل النيـابة وقت اجراء النـائب للتصرف المناب وكذلك وقت صـدور الانابة فبالنسبة للأصيل ينظر فى توافر الأهلية الى هذين الوقتين معا فلو أنه لم يكن أهلا للتصرف المناب فيه وقت صدور الانابة لم تصح انابته وان اكتملت له تلك الأهلية من بعد وكذلك لا تصـح الانابة اذا كان الأصـيل أهلا للتصرف وقت صدورها وغير أهل له وقت مباشرة النائب اياه (٢) •

= ويلاحظ أن المؤلف الأخير تكلم عن الأهلية واشتراط كمالها فى الأصيل فى القسـم الخاص بشروط النيابة على وجه العموم بينما هذا الشرط غير مطلوب بطبيعة الحال الا فى النيابة الاتفاقية ، وفى هذا ما يؤيد ما تقدم لنا من القول بأن الأهلية فى صلتها بالنيابة وباعتبارها عنصرا فى الارادة التى يقوم عليها العقد الحاصل بطريق النيابة لا يظهر أثرها الا فى النيابة الاتفاقية •

وانظر فى أهلية الاصل فى الشريعة : ابن عابدين ج ٤ ص ٤١٧ والبدائع جـ ٦ ص ٢٠ والمغنى جـ ٥ ص ٢٠٢ وفى أهلية الأصيل فى القانون الانجليزى : بوسعيد ص ٦ و ٩ و ١٠ وستولجار ص ٢٨٥ وفى القانون الأمريكى كوربوس يوريس ص ٤٢٩ ومجموعة معهد القانون الأمريكى جـ ١ ص ٦٠ ـ ٦١ •

(١) السنهورى : نظرية العقد بند ٢٠٧ حاشية ١ ورواست ص ٥٦ •

(٢) كنا قد ذهبنا فى الطبعة الأولى من هذا الكتاب (ص٣١) الى الاكتفاء بتوفر الأهلية اللازمة لدى الأصيل وقت مباشرة النائب للتصرف ثم رجعنا عن هذا الرأى فى الطبعة الثانية (بند ٢٤ ص ٣٩) وقررنا أن الأصح أن يشترط توافرها فى وقت صدور الانابة كذلك • قارن السـنهورى : الوسـيط جـ ٧ ـ المجلد الأول ـ بند ٢٢٧ ص ٤١٣ الحاشية ٢ •

الفصل الثانى

فى عيوب الارادة

٢٥ ــ تنص المادة ١٠٤ فقرة ١ من القانون المدنى المصرى على أنه « اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبـار عند النظر فى عيـوب الارادة .... » وقد صرحت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون بأن هذا النص مأخوذ من المادة ١٦٦ من القانون المدنى الألمانى التى نصها « فى حالة ما اذا كانت الآثار القـانونية لاعلان الارادة تتأثر بوجـود عيب فى الارادة .. فيرجع فى تقدير ذلك لا الى شخص الأصـيل وانما الى شـخص النائب .. » (١) .

واذن فبمقتضى المادة ١٠٤ يكون العقد الذى تم بطريق النيـابة قابلا للبطلان متى كان النائب واقعا فى غلط أو كان ضحية تدليس أو

(١) هذه المادة تقابلها فى مشروع الالتزامات الفرنسى ــ الايطالى المادة ٣١ التى تحوى فقرتها الثانية نفس الحكم . وتقابلها فى القـانون المدنى الايطالى المادة ١٣٩٠ ونصها :

« يكون العقد قابلا للابطال اذا كانت ارادة النائب معيبة .. »

كما تقابلها فى قوانين البلاد العربية المستمدة من القانون المصرى المواد الآتية : ١٠٥ سورى ، ١٠٤ ليبى ، ٨٩ سودانى ، ٧٣ جزائرى ، ١١١ أردنى .

اكراه ولو لم تتعرض ارادة الأصيل لعيب من هذه العيوب • واذن فيكون للأصيل أن يرفع دعوى البطلان ويصل الى الحكم ببطلان العقد على أساس الغلط الذى وقع فيه نائبه أو التدليس أو الاكراه الواقع على النائب ، بصرف النظر عن سلامة ارادة الأصيل من الغلط أو التدليس أو الاكراه •

ويلاحظ أن دعوى البطلان النسبى المترتبة على تعيب ارادة النائب هى للأصيل فهو الذى يرفع الدعوى بطلب ابطال العقد للغلط أو التدليس أو الاكراه الذى شاب ارادة نائبه وليس للنائب أن يرفع تلك الدعوى اللهم الا اذا كان لنيابته من الشمول ما يدخل فى نطاقها مثل هذا العمل أو كان موكلا فيه بالذات (١) وهذا طبيعى ما دامت آثار العقد الحاصل بطريق النيابة عائدة الى الأصيل فان دعوى البطلان النسبى ان هى الا أثر مترتب على العقد الذى يشوب ارادة أحد المتعاقدين فيه عيب من العيوب التى نص عليها القانون •

٢٦ ـ هذا وأن الحكم الذى تضمنته المادة ١٠٤ عام يشمل النيابة بنوعيها من اتفاقية وقانونية ، ولهذا الشمول دلالة خاصة فيما يعنينا من هذا البحث ذلك أنه اذا كان مفهوما وطبيعيا أن يكون الاعتداد فى حالات النيابة القانونية هو بشخص النائب عند النظر فى عيوب الارادة لأن الواقع ان ارادة النائب تنفرد بالظهور فى حالات النيابة القانونية ولا يكون فيها للأصيل دور ما ، فان الأمر كان يصح أن يختلف عن ذلك فى حالات النيابة الاتفاقية حيث تلعب ارادة الأصيل دورا ظاهرا اذ أنها هى أساس العلاقة التى تربط الأصيل بالنائب وهى المنشأة لنيابة الأخير وقد تكون فى بعض الأحيان موجهة للنائب توجيها معينا فى اجراء التصرف موضوع النيابة • ومع كل ذلك

---

(١) انظر رواسب ص ٧٩ •

ف المادة ١٠٤ حين قررت أن الاعتداد فى عيوب الارادة انمـــا هو
شخص النائب لم تخص بهذا الحكم أحد نوعي النيابة وانما عممته
ى حالاتها جميعا ، مما يصح أن نخرج منه بأن القانون يقر لارادة
نائب بنفس الدور فى اجراء التصرف محل النيابة بصرف النظر عمـــا
ا كانت النيابة قانونية أو اتفاقية .

٢٧ ـ هذا وقد يرى البعض أنه حالة ما اذا كان الأصيل قد
دد لنائبه بعض عناصر العقد محل النيابة ، يستحسن أن يعتد فيمـــا
خص تلك العناصر بارادة الأصيل بحيث يكون العقد الــذى يعقده
نائب قابلا للابطال للعيب الذى شاب ارادة الأصـــيل خاصا بذلك
عنصر أو بتلك العناصر التى عينها لنائبه مقـــدما اذ أن دور النائب
ما يتصل بتلك العناصر لا يتعدى تنفيذ تعليمـــات الأصـــيل واذن
يكون من المستحسن عندهم الرجوع الى شخص الأصيل عند النظر
ابطال العقد لعيب فى الارادة متعلق بعنصر حدده هو مقدما .

ولنضرب مثلا يوضح المسألة فى الأذهان :

(أ) وكل (ب) فى شراء تحفة بعينهـــــا مملوكة لشخص ثالث
جـ) وكان (أ) مدفوعا فى ذلك باعتقـــاده أن تلك التحفة من عصر
يخى معين او أن لها قيمة فنية معينة وذلك نتيجة لغلط وقع فيه ،
اذا اشترى (ب) من (جـ) تلك التحفة عالما بحقيقتها غير واقع بشأنها
، أى غلط فان أصحاب الرأى الذى نحن بصدده يذهبون مع ذلك
، امكان ابطال العقد للغلط الذى شاب ارادة الأصيل اذ أنه متعلق
عنصر من عناصر العقد موضوع النيابة (المحل) حدده الأصيل لنائبه
مقـــدما .

والواقع أن هذا هو الحل الذى يقول به انصار نظرية تعـــاون

الارادتين التى سنتناولها فيما يلى من هذا الكتاب (١) فهم يقررون أن العقد محل النيابة تشترك وتتعاون فى ابرامه ارادتا النائب والأصيل بنصيب يختلف باختلاف الأحوال ويبنون على ذلك أنه ينبغى الاعتداد عند النظر فى عيوب الارادة بارادة النائب أو بارادة الأصيل فى النطاق الذى كانت كل منهما مؤثرة فيه فينظر الى ارادة النائب فى العيوب الواقعة فى العناصر التى استقل بتحديدها وينظر الى ارادة الأصيل فى العيوب الواقعة فى العناصر التى حددها لنائبه سلفا .

ولقد تأثر المشرع الايطالى بهذه النظرية التى لها فى ايطاليا كثير من الأنصار (٢) فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٣٩٠ من القانون المدنى الايطالى على أنه « ومع ذلك اذا كان عيب الارادة متعلقا بعناصر حددها الأصيل سلفا لا يكون العقد قابلا للابطال الا اذا شاب العيب ارادة هذا الأخير » (٣) .

وقد نحت لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى هذا المنحى اذ جاء نص المادة ٢٣ من المشروع الذى أقرته اللجنة العامة كالآتى : « يرجع فى تقدير انعدام الارادة أو تعييبها الى شخص الأصيل أو

---

(١) بند ٤٩ وما بعده .

(٢) أنظر ما يلى بند ٥٠ و ٥٨ .

(٣) أنظر نص المادة فى ملحق الكتاب

ويلاحظ على صياغة هذه الفقرة أنها لا تقف عند امكان الأبطال اذا شاب ارادة الأصيل عيب فى الأحوال المنصوص عليها ، انما تذهب الى عدم امكان الأبطال الا اذا شاب العيب ارادة الأصيل دون غيره فهى تستبعد الصورة التى يشوب فيها ارادة النائب عيب متعلق بعنصر حدده الأصيل بينما تكون ارادة الاصيل سليمة من العيب أى يكون العقد مطابقا لحقيقة ارادته (وذلك كما لو اشترى النائب فى مثالنا المتقدم فى المتن التحفة معتقدا أنها تاريخية بينما يكون الأصيل حين كلفه بشرائها عالما بحقيقتها) . وهذه الصورة الأخيرة تدخل فى عموم نص الفقرة الاولى من هذه المادة التى تتضمن القاعدة المنصوص عليها فى المادة ١/١٠٤ من قانوننا الا أنه ليس لاستبعادها صراحة قيمة عملية كبيرة لأنه قلما يتصور أن يستعمل الأصيل حقه فى طلب ابطال العقد لعيب شاب ارادة النائب بينما يكون مطابقا لحقيقة ارادته هو .

شخص النائب في الحدود التي أسهمت فيها ارادة كل منها في ابرام التصرف » (١) ٠

كما كان المشرع السوداني قد أخذ بنظرية اشتراك الارادتين اذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٩ من القانون المدني السوداني الصادر سنة ١٩٧١ (والملغي الآن) على أنه « ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات صدرت له من موكله كان محل الاعتبار عند النظر في الأمور المشار اليها في البند السابق (وجود الارادة والتعبير عنها وعيوبها وأثر العلم ببعض الظروف الخاصة وافتراض العلم بها حتما) هو شخص كل من الأصيل والنائب وذلك بالقدر الذي أسهمت به ارادة كل منهما في ابرام العقد » ٠

٢٨ ــ ونرى أن في الأخذ بهذا الحل خلطا بين تصرفين قانونيين متميزين (٢) ينبغي لحسن فهم نظام النيابة الفصل بينهما وتمييزهما بدقة ألا وهما : (أ) العقد المبرم بين الأصيل والنائب متضمنا انابة الأول للثاني (وهو في الغالب الأعم عقد الوكالة) و (ب) العقد محل النيابة الذي يجريه النائب مع الغير ٠ فارادة الأصيل تتجلى في

---

(١) انظر أعمال لجنة تنقيح القانون المدني ١٩٤٧/١٩٤٨ ص ٩٢ و ٣٤١ ٠

« L'absence ou le vice de la volonté s'apprécie dans la personne du représenté ou dans celle du représentant dans la mesure où la volonté de chacun a concouru à l'acte ».

وقد كان النص المقابل من المشروع التمهيدي الذي وضعته لجنة التصرفات القانونية المتفرعة عن اللجنة العامة أقرب الى نص المادة ١٣٩٠ من القانون الايطالي اذ كان كالآتي :

(المادة ٢٥ من المشروع التمهيدي) ٠

« Les conditions de validité de l'acte passé par le représentant pour le compte du représenté s'apprécient uniquement dans la personne de ce dernier.

« Toutefois, si la volonté du représenté est entachée d'un vice, l'acte n'est annulable que si le représentant n'a fait qu'exprimer la volonté du représenté ; si la volonté du représentant est entachée d'un vice l'acte est annulable dans l'intérêt du représenté »

(٢) قارن الملاحظة التي وردت على لسان الاستاذ نبوابيه في مناقشات لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي ــ » أعمال لجنة تنقيح القانون المدني « ١٩٤٧/١٩٤٨ ص ٢٢١ ٠

التصرف الأول وهو ما نسميه بالانابة فهى المنشئة له والمحددة لمداه ولكن دور ارادة الأصيل يقف عند حد الانابة فلا يتعداها الى التصرف الثانى (وهو الذى يقوم به النائب بمقتضى الانابة) فهـذا تصرف قانونى مستقل عن الانابة لا يختلط بها فهما وان كانا متلازمين الا أنهما متميزان فالأول تنشئه ارادة الأصيل والثـانى تنشئه ارادة النائب والقول باستقلال التصرفين يصح حتى فى الحالة التى يتصرف فيهـا النائب على أساس تعليمات صادرة له من الأصيل اذ حتى فى هـذه الحالة يقوم النائب بنشـاط ارادى خاص هـو المنشىء فى الواقع للتصرف أو العقد الثانى واتباعه فى ذلك لتعليمات الأصـيل لا يجعل لارادة هذا الأخير دخلا فى التصرف الحاصل بطريق النيابة (١) .

واذن فاذا كان الأصيل فى توجيهه النائب وجهة معينة بخصوص عنصر أو أكثر من عناصر العقد محل النيابة قد وقع فى عيب من عيوب الارادة فان ذلك العيب يخص فقط التصرف الأول المتضـمن انـابة الأصـيل لنائبه ولا يتعداه الى التصرف الثـانى الذى يجريه النائب بمقتضى الانابة ، واذن فسحب أثر هذا العيب الى التصرف الثـانى وترتيب بطلان هذا التصرف على ذلك العيب الواقع فى التصرف الأول أمر لا يستقيم فى الفهم وبذلك يتضـح خطـأ هذا الرأى وعدم سلامة أساسه من الوجهة النظرية .

على أن هـذا لا ينفى أن العدالة قد تقتضى تمكين الأصـيل فى الأحوال المتقدمة من التخلص من العقد الذى يجريه النائب بناء على توجيه من الأصيل صـادر عن ارادة معيبة الا أن ذلك لا يكون عن طريق ابطال ذلك العقد للغلط أو التدليس أو الاكراه الذى وقع فيه الأصيل لما فى ذلك من خلط بين تصرفين متميزين على ما تقدم لنا بيانه ،

---

(١) أنظر فى توضيح هذه الفكرة ما يلى بند ٦٦ .

وانما يكون ذلك من طريق النتيجة الطبيعية التى تترتب على مثل هذا العيب فى الإرادة ألا وهى ابطال التصرف القانونى القائم على هذه الارادة المعيبة وهو هنا التصرف الأول المتضمن للانابة ومتى أبطل هذا التصرف ترتب على ذلك البطلان سقوط التصرف الثانى الذى أجراه النائب صحيحا وذلك نتيجة لبطلان الانابة نفسها ، فلا يكون التصرف الذى أجراه النائب نافذا فى حق الأصـيل ، وبذلك نصل الى النتيجة العملية نفسها التى يذهب اليها أنصار هذا الرأى وتنص عليها الفقرة الثانية من المادة ١٣٩٠ من القانون الايطالى ولكن على أساس نظرى صحيح لا نخرج به على ما تقتضيه طبيعة النيـابة وذلك بأن نعتد فى الحالات التى نحن بصددها بالغلط أو التدليس أو الاكراه الذى يدفع الأصيل الى انابة النائب ، وليس بالغلط أو التدليس أو الاكراه الذى يقع فيه الأصيل بخصوص عنصر من عناصر العقد محل النيابة (١) •

٢٩ ـ وبذلك نرجع الى عموم القاعدة التى مقتضاها الرجوع فى عيوب الارادة الواقعة فى العقد الحاصل بطريق النيابة الى شخص النائب لا الى شخص الأصيل ، وهذه القاعدة المقررة فى معظم القوانين

(١) وقد يثور فى هذه الأحوال البحث فى مدى الحماية الواجبة للغير حسن النية الذى يتعاقد مع النائب جاهلا لسبب بطلان التصرف المتضمن للانابة والى أى حد يتأثر بهذا البطلان أو يتحمل نتائجه ، ولا شك أنه قد تعرض حالات تقتضى فيها حماية حسن النية ألا يحتج بهذا البطلان على الغير المتعاقد مع النائب ويرى الأستاذ باكيونى أن الغير حسن النية لا ينبغى أن يضار بآثار بطلان التصرف المتضمن للانابة واذن فهو يذهب الى عدم الاحتجاج عليه بهذا البطلان • أنظر باكيونى جـ ٢ ص ٣١٤ •

وقد يكون فى تقرير ذلك كقاعدة عامة غلو ولعل الأوفق ترك تقدير ذلك للقاضى فى كل واقعة حسب ظروفها •

وغنىعن القول أن مشـكلة حماية الغير حسـن النية تثور كذلك فى ظل نظرية اشتراك الارادتين لأن ما يكون من نصيب ارادة الأصيل من عناصر التصرف وشروطه ـ طبقا لتلك النظرية ـ قد يكون خافيا على الغير الذى ينفرد النائب بالتعامل معه فى غيبة الأصيل ، واذن فتعيب ارادة الأصيل فى خصوص عنصر أو أكثر من عناصر العقد أمر لايتسنى للغير أن يلم به • ومن ثم فان مسألة حماية هذا الغير متى كان حسن النية تعرض لنا فى ظل نظرية اشتراك الارادة بقدر ما تعرض لنا فى ظل نظرية ارادة النائب• قارن فى الفقه الايطالى الملاحظة التى أبداها ميرابيللى والمشار اليها فيما يلى بند ٥١ حاشية

الوضعية تأخذ بها أيضا الشريعة الاسلامية فكتب علمائها تتكرر فيها العبارات الدالة على أن النائب يعقد العقد بارادته هو لا بارادة الأصيل فمن ذلك قولهم فى الفرق بين الرسول والوكيل ان « الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل ... وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل » (١) وكذلك ما قرروه من أن ما « ارتضاه كبار الشراح فى صدر كتاب الوكالة ... أن الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة فيها للوكيل (٢) » ومعروف أن لفظ العبارة فى اصطلاح الشرعيين يقابل الارادة التعاقدية فى الاصطلاح الحديث أو على الأصح « التعبير عن الارادة » (٣) واذن فما دامت القاعدة فى الشريعة أن النائب انما يعبر فى العقد الحاصل بطريق النيابة عن ارادته هو فيتعين الرجوع الى تلك الارادة فى كل ما يتصل بسلامتها من العيوب وما عساه يكون عيبا فى الرضا يتعلق بارادته هو لا بارادة الأصيل « فكراهه يفسد العقد كما أن هزله يفسده أيضا اذا كان من العقود التى يؤثر فيها الهزل والاكراه ، وله شروط الخيار لنفسه وله الرد بخيار العيب ، وله خيار الفسخ اذا تبين أن العقد حصل فيه غلط بأن عقد على أساس أن المعقود عليه موصوف بوصف مرغوب فيه وتبين انه موصوف بغيره ، لأن كل هذه الأمور تتعلق بالرضا والعبرة فى الرضا

---

(١) قاضى زاده فى تكملة شرح فتح القدير ج ٦ ص ٤ .

(٢) المرجع المذكور ص ٢٤ .

(٣) Déclaration de volonté.

هو رضا العاقد » (١) والعاقد انما هو النائب كما صرحوا به فى غير موضع (٢) .

فاذا رجعنا الى القانون الانجليزى وجدنا فيه أحكاما يصح أن نستنتج منها أن قاعدة الرجـوع فى عيوب الارادة الى ارادة النـائب موجودة فى ذلك القانون أيضا فمن المقرر فى القانون الانجليزى أن علم النائب بظروف التعاقد (وبحالة المحل خاصة) هو العلم الذى يعتد به اذ يفترض أنه علم الأصيل أيضا (٣) .

كما أن من المقرر فى القانون الانجليزى كذلك أن التدليس الواقع على النائب سبب لبطـلان العقد وأن للأصيل فى هذه الحالة أن يرفع دعوى البطلان للتدليس الواقع على نائبه (٤) .

وقاعدة الاعتداء بارادة النائب فيما قد يشوب عقده مع الغير من عيوب الارادة مقررة كذلك فى القانون الأمريكى (٥)

---

(١) محمد أبو زهرة « الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية » سنة ١٩٣٩ ص ٣٣٤ .

(٢) أنظر فتح القدير ج ٦ ص ١٦ من التكملة : « الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام » وانظر ابن عابدين ج ٤ ص ٤١٨ والمغنى ج ٥ ص ٢٤٦ .

(٣) Sutton and Shannon on Contracts. الطبعة الثالثة لندن سنة ١٩٤٤ ص ١٤٨ .

« Knowledge possessed by the agent of the party deceived that the representation is untrue will as a rule be treated as the knowledge of the principal ».

وانظر فى التدليس الذى يصدر من النائب نفس المرجع ص ١٥٧ .

(٤) Yehia Tag El Dine, « Le dol français et la Misreprésentation anglaise », Paris, 1926, pp. 148-149 : « En général la déclaration est adressée directement à la personne même qui en est victime. Mais elle peut l'être aussi à son représentant... Si donc la fausse déclaration est faite au représentant, c'est le représenté qui a li droit de se plaindre ».

« على وجه العموم يكون التعبير (المشوب بالتدليس) موجها مباشرة الى الشخص الذى هو ضحية التدليس ولكن يجوز كذلك أن يوجه ذلك التعبير الى النائب عن ذلك الشخص . وعلى هذا فاذا كان التعبير الكاذب موجها الى النائب فان الأصيل هو صاحب الحق فى التظلم من ذلك . » يحيى تاج الدين ، التدليس فى القانونين الفرنسى والانجليزى ، باريس سنة ١٩٢٦ ص ١٤٨ ـ ١٤٩ .

(٥) Reestatement, Agency 2nd, No. 315 and 366.

الفصل الثالث

فى الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة

٣٠ ـ هناك غير العيوب التى تنتاب الرضا ظروف أخرى متعلقة بالارادة يرتب عليها القانون بنائج معينة وتؤثر بوجه أو بآخر فى آثار العقد أو التصرف القانونى وذلك كحسن النية وسوء النية وكالعلم أو الجهل بظروف معينة متصلة بالتعاقد وما الى ذلك . فما هو حكم القانون الوضعى فى هذه الحالات وهل ينظر فى تقديرها الى ارادة النائب أم ارادة الأصيل ؟ .

لقد تناولت المادة ١٠٤ من القانون المدنى المصرى التى تقدم لنا الكلام عليها فى الفصل السابق هذه الحالات فشملتها القاعدة المقررة بخصوص عيوب الارادة اذ نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه « اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » واذن فالحكم فى القانون المصرى أنه « فيما يتعلق بالظروف التى تؤثر فى الآثار القانونية للتعاقد يجب أيضا أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل»(١)

(١) المذكرة الايضاحية على المادة ١٠٤ .

ومن الصور التطبيقية لهذه القاعدة ما جاء بالمذكرة الايضاحية من جواز الطعن بالدعوى البولصية فى بيع صادر من مدين معسر تواطأ مع نائب المشترى ولو أن الأصيل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ . ومن تطبيقاتها كذلك الأحوال التى يتوقف فيها انتقال الملكية فى المنقولات على حسن النية وهو ما نصت عليه المادة ٩٧٦ من القانون المدنى المصرى اذ قررت أن « من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته » وقد كانت المادة القديمة تفسر حسن النية هنا بكون « المستلم معتقدا صحة الملك فيها للمسلم » فاذا كنا أمام بيع حاصل بين بائع غير مالك وبين نائب المشترى وكان النائب يعتقد وقت العقد ملكية البائع للمبيع ترتب على ذلك انتقال الملكية للمشترى بلا حاجة الى البحث عن حسن نية الأصيل نفسه (١) . ومن تطبيقات هذه القاعدة أيضا حالة العلم بعيوب المبيع (م ٤٤٧) فان العبرة فى ضمان البائع لعيوب المبيع الخفية — فى حالة ما اذا كان المتعاقد معه هو نائب المشترى — هى بعلم النائب بتلك العيوب فاذا كان يجهلها فان البائع يضمنها أما اذا كان عالما بها سقط عن البائع ضمان هذه العيوب بلا حاجة الى الرجوع الى شخص المشترى (الأصيل) والبحث عن مدى علمه أو جهله بحالة المبيع .

ففى الصور المتقدمة وما يجرى مجراها من الحالات التى تتوقف فيها آثار العقد كلها أو بعضها على العلم أو افتراض العلم حتما بوقائع معينة حددها القانون وكذا الحالات التى تتأثر فيها آثار العقد بحسن نية أحد الطرفين أو سوء نيته ، يجب الاعتداد بشخص النائب دون الأصيل ففى شخصه ينبغى تقدير حسن النية أو سوء النية والى ارادته يرجع فى العلم أو افتراض العلم ببعض الظروف المعينة ، بحيث لو كان

---

(١) مع تحفظ خاص بتطبيق حكم المادة ١٠٤ مدنى مصرى . انظر بند ٣١ .

النائب سيىء النية فان الآثار التى يرتبهــا القــانون على حسن النية لا تتولد حتى ولو كان الأصيل حسن النية كما أن النــائب متى كان عالما ببعض الظروف الخــاصة بالتعــاقد ترتب على هذا العلم ما يقرره القانون من الآثار وذلك بصرف النظر عن شخص الأصيل أى حتى ولو كان الأصــيل يجهل تلك الظروف ، هذا ولا عبرة فى هذه الأحوال كلها بما اذا كان النائب مطلق التصرف فى اجراء العقد موضوع النيابة أو موجهــا فى ذلك من النائب بتعليمات وتوجيهات تخص ذلك العقد فالقاعدة فى كل هذه الأحوال هى الاعتداد بارادة النائب دون ارادة الأصيل •

٣١ ــ ولا ينال من صحة هذه القاعدة ولا يقلل من دلالتها ما جاء بالفقرة الثانية من المادة ١٠٤ ونصها « ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها » • اذ ليس مقتضى هذا النص الاعتداد بارادة الأصيل فى تقدير الظروف المتعلقة بالارادة التعــاقدية فى أحوال النيابة الاتفاقية ولا اعتبــار أن لارادته دخلا فى انعقــاد العقد (١) ، فان هــذا النص لا يتناول الا صورة واحدة هى صورة علم الأصيل (الموكل) لظروف معينة يجهلها النائب (الوكيل) ولا تهدف هذه الفقرة الا الى غــاية واحدة هى منع الأصيل سيىء النية من التوسل بالنيابة الى الوصول الى نتــائج لا يبيحها له القانون ، فغاية هــذه الفقرة قطع الســبيل على اساءة استعمال النيابة بحيث يمتنع على الأصيل (الموكل) سيىء النية الاحتماء وراء حسن نية نائبه والتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، واذن فهذا الاستثناء لا ينـــال من صحة القاعدة التى

---

(١) انظر ما سيأتى بصدد نظرية تعاون الارادتين بند ٥٥ وما بعده •

تضمنتها الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ ولا أدل على ذلك من أن هـذا الاستثناء لا يتسع للصورة العكسية صورة جهل الأصيل لظروف كان يعلمها نائبه •

وعلى هذا تبقى القاعدة المتقدمة سليمة فى عمومها ويكون حكم القانون الوضعى فى الظروف المتعلقة بالارادة الرجوع فى تقديرها الى ارادة النائب دون ارادة الأصيل •

وجدير بالملاحظة أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يقتصر تطبيقها على الظروف الخـاصة المتعلقة بالارادة (سوء النية والعلم أو الجهل بظروف التعاقد) ولا انطباق لها على عيوب الارادة (الغلط والتدليس والاكراه) (١) ، ففيما يختص بهذه العيوب يكون المرجع دائما ارادة النائب طبقا لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة وذلك حتى فى الحالات التى يكون فيها النائب وكيلا يتصرف طبقا لتعليمات صدرت له من موكله • وهذا التحديد لمدى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يتفق والمقرر فى الفقه الألمانى بشأن مدى الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المدنى الألمانى (وهى الأصل الذى استمدت منه المادة ١٠٤ من قانوننا) فثمة يقرر الفقه أن الاستثناء الذى تورده الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ على القـاعدة المقررة فى الفقرة الأولى منها لا يخص الا حسن النيـة الأصيل وسوءها ولا يمتد الى عيوب الارادة التى تنطبق عليها فى كل الحالات القاعدة التى تضمنتها الفقرة الأولى ألا وهى الاعتداد بارادة النائب (٢) •

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ١ بند ٨٦ و جـ ٧ ، المجلد الأول ، بند ٣٠٠ هامش ص ٥٧٩ حيث يشير المؤلف العلامة الى ما قلناه بهذا الصدد فى الطبعة الاولى من هذا الكتاب •

(٢) بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣ والمراجع الألمانية المشار اليها فيه =

٣٢ ـ هذا وان فى نص المادة ١٠٤ عبارة تكررت فى فقرتها قد تحتاج الى بعض الشرح والايضاح وهى عبارة « افتراض العلم حتما » بالظروف المرتبطة بالتعاقد . فما الذى يعينه المشرع بقوله ان العبرة هى بشخص النائب فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما ؟ وما معنى التسوية بين حالة العلم الحقيقى وحالة افتراض العلم ؟ وفى أى الحالات يمكن أن نقول أن النائب المتعاقد يفترض فيه حتما العلم بتلك الظروف الخاصة فنرتب على ذلك الافتراض النتيجة عينها التى تترتب على العلم الحقيقى بمقتضى المادة ١٠٤ ؟ لا شك أن هذه النقط مما سيثور حوله الخلاف عند التطبيق العملى لهذه المادة ولذا يقتضى الأمر تقرير معناها بكل وضوح وجلاء ، خاصة وأن المذكرة الايضاحية لم تعرض لذلك مطلقا . واذ كان نص المادة ١٠٤ مأخوذا عن المادة ١٦٦ من القانون المدنى الألمانى (١) فانه يلزمنا الرجوع الى

= وقارن عبد الحى حجازى جـ ٢ ص ٢٣٨ ـ « أما الفقرة الثانية (من المادة ١٠٤) فتورد استثناء على الفقرة الاولى ، فاذا كان مقتضى الفقرة الاولى وجوب الاعتداد بشخص النائب من حيث عيوب الارادة والعلم او افتراض العلم ببعض الظروف الخاصة ، فان مقتضى الفقرة الثانية أن يعتد ـ عند النظر فى الأمور السابقة ـ بارادة الأصيل وذلك اذا كان النائب وكيلا يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله . » وفى هذا الرأى الذى يسحب حكم الفقرة الثانية على عيوب الارادة كذلك توسع فى مدلول المادة ٢/١٠٤ لا يبيحه النص ونعتقد على أساس ما تقدم فى المتن أنه ليس فى محله .

وأنظر أحمد حشمت أبو ستيت « نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد » الكتاب الأول ـ مصادر الالتزام ـ القاهرة ١٩٥٤ ـ بند ١٢٧ ص ١٢٠ حيث يتساءل المؤلف عما اذا كان انطباق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ « يقف عند حلم الأصيل ببعض الظروف كما هو واضح فى النص » أم يمتد لى عيوب الارادة ؟ ويقر الأستاذ الدكتور أبو ستيت أن واضع القانون الجديد يبدو أنه يأخذ بالحل الأول (الوسيط فقرة ٨٦) غير أنه يستطرد فيقول « أما نحن فلا نرى بأسا من الاخذ بالحل الثانى وعلى ذلك من أكره الأصيل مثلا على أن يعقد تصرفا فاختار وكيلا عنه فى عقد ذلك التصرف والحال ان الوكيل لم يقع عليه اكراه فان التصرف يقع قابلا للأبطال » . ونرى أن هذه التوسعة من نطاق المادة ٢/١٠٤ حتى تشمل عيوب الارادة لا محل لها مع وضوح النص كما أنه لا حاجة اليها فى مثل المثال ساقه الأستاذ ـ انظر آنفا بند ٢٨ .

(١) أنظر المذكرة الايضاحية جـ ٢ ص ٥٢ تحت المادة ١٥٧ من المشروع الأول وهى المادة ١٠٤ من القانون .

ذلك القانون والى فقهه لمعرفة المقصود بتلك العبارة وتحديد مرماها وتقرير حالاتها (١) ٠

ولقد تولت المادة ١٢٢ فقرة ثانية من القانون المدنى الألمانى بيان الحالة التى يستوى فيها افتراض وجوب العلم بواقعة معينة والعلم بتلك الواقعة فعلا وأوضحت المقصود بعبارة افتراض العلم حتما (٢)

---

(١) لم يفتنا ماحرص واضعو التقنين المدنى الحالى على ابرازه فى أكثر من موضع وهو ان النصوص المستقاة من التقنينات الاجنبية يجب اعتبارها منفصمة عن مصادرها ومندمجة فى مجموع التقنين المصرى بحيث لا يرجع فى تفسيرها الى مصادرها التشريعية الأجنبية ولا الى الفقه الأجنبى وانما يرجع فى تطبيقها وتفسيرها الى النصوص ذاتها والى ما درج عليه القضاء فى مثل تلك الأحوال (تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٣٣ وتقرير لجنة القانون المدنى بمجلس النواب مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٢ وانظر السنهورى : الوسيط جـ١ ص ٥٢ ـ ٥٧) ٠

غير أنه من المسلم به أن الرجوع الى المصدر الأجنبى لازم لأغراض البحث العلمى (السنهورى : الوسيط جـ ١ ص ٥٢) كما أن النصوص التفصيلية المأخوذة عن التقنينات الأجنبية فى مسائل لم يكن لها مقابل فى تقنيننا القديم ولا فى تطبيقات القضاء تحوجنا ولا شك الى الرجوع الى تلك المصادر خاصة اذا تعلق الأمر باستنباط مدلول الصيغة فان واضعى القانون مسلمون بأن النقل عن القوانين الأجنبية كان للاستئناس بالصياغة والاستفادة من دقة التعبير والأداء (تقرير لجنة مجلس الشيوخ سالف الذكر) ٠ والأمر بخصوص المادة ١٠٤ يحوجنا الى تبين مدلول عبارة « افتراض العلم حتما » وهى من العبارات القليلة فى التقنين التى لايصح فيها قول لجنة مجلس الشيوخ انها « أصبحت معبرة فى ذاتها عن المعانى التى استظهرها كل من ساهم فى وضع المشروع او مراجعته أو اقراره » وذلك لأن الأعمال التحضيرية لا تتضمن الايضاح الكافى لحقيقة المقصود بهذه العبارة ٠ لهذا كله كان رجوعنا الى القانون الألمانى وفقه فى هذا الموضوع لا غبار عليه رغم الاعتبارات العامة المتعلقة بتفسير التقنين الحالى ٠

وانظر فى هذا الصدد مؤلف الأستاذ رينيه داڤيد « موسوعة القانون المدنى المقارن » باريس سنة ١٩٥٠ حيث يقول فى ص ٨٢ :

« يحوج الأمر فى حالات معينة الى استعمال الطريقة المقارنة من أجل تفهم مدلولات قانوننا الوطنى ، ومن ذلك حالة ما اذا القانون الفرنسى المطلوب تفسيره أو تطبيقه قد تضمن نظاما أو صيغا مستمدة من قانون أجنبى » ٠

« Dans certains cas... il nous est imposé d'employer la méthode comparative
« pour comprendre les solutions de notre droit. Il en est ainsi dans le cas
« où la loi française, qu'il s'agit pour nous d'interpréter et d'appliquer, consa-
« cre une institution, ou des formules, empruntées à un droit étranger ».
David : Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris, 1950, p. 82.

(٢) kennen müssen ومعناها وجوب العلم devoir connaître وهو التعبير =

التى تكررت بعد ذلك وخصوصا فى المادة ١٦٦ ومنها يؤخذ أن المقصود بذلك هو عدم العلم المترتب على تقصير أو اهمال (١) • وعلى هــذا فكلما كان جهل النائب المتعاقد نظرف معين ناشئا عن اهماله ، بحيث لو كان قد تصرف بغير اهمال ولا تقصير لم يكن ليجهل ذلك الظرف ، يفترض فى النائب العلم بالظرف المذكور حتما وتترتب على ذلك نفس النتيجة التى تترتب على علمه فعلا بذلك الظرف ، واذن فمحل افتراض العلم حتما هو تقصير المتعاقد فى التحرى عن ظروف التعاقد ، ولا شك أن تقدير ذلك التقصير مسألة موضوعية متروكة للقضاء فى كل حالة حسب ملابساتها •

٣٣ ــ وما هو مقرر فى القانون المصرى بصدد الظروف المتعلقة بالارادة مأخوذة به أيضا فى القوانين الأجنبية ، ففى القانون الفرنسى نجد أنه رغم انعدام النص فالمقرر هو الرجوع الى ارادة النائب لا الى ارادة الأصيل فى حسن النية وفى العلم بالظروف المتعلقة بالتعاقد (٢) وهو ما سار عليه القضاء الفرنسى فى أحكامه (٣) •

وفى القانون الايطالى نجد أن المادة ١٣٩١ من المجموعة المدنية

= الذى جاء فى المشروع النهائى للقانون المصرى المقدم الى البرلمان واستبدلت به فى مجلس الشيوخ عبارة « افتراض العلم حتما » حتى تكون دلالة النص اضيق كما جاء فى تقرير اللجنة .

(١) انظر سالى فى التعليق على م ١٢٢ ـ الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألمانى ص ١٣١ وانظر بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٣٨٨ •

(٢) أنظر ديموج جـ ١ بند ١٥٠ ص ٢٤٣ وبوبسكو رامنسيانو ص ٣٤١ ورواست ص٨٨ ويلاحظ أن المؤلف الاخير يرى (ص٨٩) أن الاصيل يستفيد من حسن نية نائبه مهما كانت نيته هو (أى ولو كان سيىء النية) ، والحق أنه يجب أن تستثنى من عموم هذه القاعدة حالة سوء نية الأصيل متى كان النائب يعمل بناء على تعليمات منه وهو ماحوته الفقرة الثانية من م ١٠٤ من القانون المدنى المصرى وذلك حماية للغير من سوء نية الأصيل ومنعا له من التستر بحسن نية نائبه •

(٣) أنظر حكم النقض الفرنسى فى ١٥ يوليو سنة ١٨٩٨ ـ دالوز ٥٥٩/١/٩٨ وسيرى ٢٠٩/١/٩٩ مع تعليق للأستاذ تيسييه

تنص على أنه فى الأحوال التى يعتد فيهـا بحسن النية أو بسوء النية وبالعلم أو الجهل بظروف معينة يكون المرجع شخص النائب ، هـذا الا اذا تعلق الأمر بالعناصر التى حددها الأصيل مقدما (١) فهذه المادة قد قررت قاعدة الرجوع فى تقدير الظروف المؤثرة فى التعاقد والمتعلقة بالارادة الى شخص النائب ، وان كان لا يخفى ما فيها من تأثر بنظرية تعاون الارادتين الموجهة للتشريع الايطالى فى كثير من أحكام النيابة كما رأينا وسنرى ، وذلك اذ تستثنى هذه المادة من حكم القاعدة كل الحالات التى يحدد فيها الأصـيل بعض عناصر العقد متى كان حسن النية أو العلم بالظروف المتصلة بالتعـاقد متعلقا بتلك العنـاصر . هذا وأن الفقرة الثانية من المادة ١٣٩١ من القانون المدنى الايطالى قد حوت الحكم الذى حوته المادة ١٠٤ فقرة ثانية من قانونـنـا اذ نصت على أنه « ليس للأصيل سيىء النية فى أية حالة من الأحوال أن يستفيد من جهل النائب أو من حسن نيته » (٢) .

وقد أخذ القـانون المدنى السودانى الصادر سنة ١٩٧١ بالحل الذى اتبعه القانون المدنى الايطـالى اذ أن مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٨٩ منه الرجـوع فى تقدير أثر العلم ببعض الظروف الخـاصة أو افتراض العلم بها حتما الى شخص الأصيل أو شخص النائب بالقدر الذى أسهمت به ارادة كل منهما فى ابرام التصرف (٣) وبهذا الحـكم

(١) أنظر نص المادة فى ملحق الكتاب .

(٢) أنظر نصها فى ملحق الكتاب .

(٣) ويلاحظ أن المادة ٨٩ من القانون المدنى السودانى الملغى جاءت خلوا من نص كنص الفقرة الثانية من المادة ١٣٩١ من القانون الايطالى التى تحول بين الاصيل سوء النية وبين الاستفادة من حسن نية نائبه ، على أننا لانعتقد أن هذا الحذف مقصود ولا شك فى أنه لو لم يكن التقنين قد ألغى لكان القضاء السودانى فى تطبيقه لهذا النص صيغته حتما بمبدأ حسن النية بوصفه من المبادىء القانونية العامة الواجبة التطبيق فلا يسمح للاصيل النية بالاستفادة من حسن نية نائبه ولا يحمى أصيلا حسن النية من نتائج سوء نية نائبه وان تعلق سوء النية بعنصر من عناصر العقد حدده الأصيل مقدما مما يجعل =

انفرد القانون السودانى من سائر قوانين البلاد العربية المستمدة من القانون المدنى المصرى على أن التقنين المدنى السودانى سرعان ما ألغى بعد صدوره لأسباب ليس هذا محل الخوض فيها وحل محله فيما يتصل بموضوع هذا الكتاب قانون الوكالة رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٤ وليس فيه مثل هذا النص •

أما فى القانون الألمانى فان قاعدة الاعتداد فى تقدير الظروف المتعلقة بالارادة بشخص النائب دون الأصيل قد تضمنتها المادة ١٦٦ من المجموعة المدنية التى قررت أيضا قاعدة الرجوع الى ارادة النائب فى تقدير عيوب الارادة اذ نصت على أنه « فى حالة ما اذا كانت الآثار القانونية لاعلان الارادة تتأثر بوجود عيب فى الارادة أو بواقعة العلم أو افتراض العلم حتما بظروف معينة ، فيرجع فى تقدير ذلك لا الى شخص الأصيل وانما الى شخص النائب » •

وفى القانون الانجليزى كذلك (١) نجد أن العبرة فى العلم بالظروف المؤثرة فى التعاقد هى بشخص النائب كما أن سوء نية النائب يجعل التصرف الذى يبرمه لحساب الأصيل مشوبا ولو كان الأصيل حسن النية على أن سوء نية الأصيل أيضا يؤثر فى العقد الذى يبرمه النائب وان يكن هذا الأخير حسن النية وذلك تحاشيا لتمكين الأصيل سىء النية من الاستفادة من حسن نية نائبه كما هو مقرر فى قوانين البلاد الأخرى التى عرضنا لها فيما تقدم • والقانون الأمريكى بدوره

= المرجع — فى ظاهر النص — الى نيته والسليمة دون نية النائب المشوبة • أنظر ما يلى بند ٥١ •

(١) بولوك فى مبادىء العقد طبعة ١٩٥٠ ص ٨١ حاشية ٣٣ وتشيتى فى العقود جـ١ فقرة ٨٠٨ حاشية ٣٢ وستولجار ص ٦٧ — ٦٩ •

يحوى هذه الأحكام عنها بالنسبة الظروف المتعلقة بالإرادة وبالنسبة لحسن النية وسوء النيا .

واذن فجماع الأحكام الوضعية فى سائر التشريعات التى استعرضناها بالنسبة للظروف المرتبطة بالارادة أن العبرة فى صدد تلك الظروف هى بارادة النائب دون ارادة الأصيل ، لم يشذ عن هذه القاعدة فى اطلاقها سوى القانون الايطالى والقانون السودانى الملغى لتأثرهما بنظرية تعاون الارادتين ففى هذين القانونين رأينا أن المرجع وان كان الى ارادة النائب فى الأصل الا أنه يرجع أيضا الى ارادة الأصيل اذا كان الأمر متعلقا بعناصر التصرف التى حددها لنائبه مقدما. أما المادة ١٠٤ فقرة ٢ من القانون المصرى فلا استثناء فيها لمطلق الرجوع الى ارادة النائب وحده فى تحديد آثار الظروف المتعلقة بالارادة التعاقدية اذ أن ذلك النص انما يرمى الى قطع السبيل على سوء نية الأصيل فهو بهذا الوصف تطبيق لمبدأ حسن النية لا ينال من اطلاق القاعدة الخاصة بالظروف المؤثرة فى الارادة التى يقوم عليها التصرف القانونى الحاصل بطريق النيابة .

٣٤ ــ الآن وقد انتهينا من فحص عناصر الارادة التى يقوم عليها التصرف القانونى الحاصل بطريق النيابة وبحثنا فى أحكام القوانين الوضعية عن الشخص الذى يشترط توفر هذه العناصر فيه أهو النائب أم الأصيل ، يمكننا أن ننسب هذه الارادة التعاقدية الى أحدهما وأن نقرر ما اذا كان العقد الحاصل بطريق النيابة يتم بارادة النائب أم بارادة الأصيل .

فلقد رأينا أن عنصر الأهلية اللازمة للتعاقد يشترط توافره كاملا لدى الأصيل لا لدى النائب ، وان كان لا محيص من كون النائب

ذا ارادة صحيحة مميزة فيشترط اذن أن يتوفر فيه أصل الأهلية وان لم يلزم أن تكون تلك الأهليــة على الكمال المطلوب لاجــراء التصرف القانونى محل النيابة بالذات •

أما عنصر سلامة الارادة من العيوب فقد رأينا أن الأصل فيه أنه مطلوب فى النائب دون الأصيل على ما فسرناه بصـــدد هذه القاعدة فى مختلف القوانين •

وأخيرا فان الظروف المتعلقة بالارادة والمؤثرة فى التصرف القانونى يرجع فيها هى الأخرى أصـــلا الى شخص النائب دون الأصـــيل على القاعدة العامة التى لا تختلف فى عمومها من تشريع لتشريع •

فعلى ضـــوء ما تقدم يمكننا أن نحـــدد الارادة التى يقوم عليها التصرف الحاصـــل بطريق النيـــابة ونقيم على ذلك الأساس البنيان النظرى لنظام النيابة ونشرح طبيعته وتتبين كيفية عمله ، وهو ما سنقوم به فى الباب التالى بعد أن نقدم بين يدى ذلك عرضا للنظريات المختلفة التى قامت فى الفقه بهذا الخصوص •

الباب الثانى

فى الطبيعة القانونية للنيابة

الفصل الأول

النظريات المقترحة لبيان طبيعة النيابة

٣٥ – لئن كان موضوع النيابة فى التصرفات القانونية قد شغل فى تطبيقاته العملية وأحكامه الجزئية من اختلاف الفقهاء حيزا كبيرا فان مسألة تحديد الطبيعة القانونية للنيابة فى التصرفات القانونية كانت ميدانا واسعا لتضارب الآراء وتخالف وجهات النظر بين علماء القانون ولا غرو فنحن فى مسألة طبيعة النيابة بصدد بحث نظرى ينفسح فيه مجال المضاربات العقلية وينطلق فيه النظر المجرد ولهذا ذهب الفقهاء فى موضوع طبيعة النيابة أكثر من مذهب من يوم أن تنبهت الأذهان الى وجود النيابة كنظام قانونى له كيانه الخاص ومقوماته الذاتية ، ولئن كان بعض النظريات التى وضعها الفقهاء لشرح هذه الطبيعة قد أصبح اليوم عند أهل الفقه من مخلفات الماضى ، فان أكثرها لا يزال الى الآن يثور حوله الجدل وينتصر لبعضه دون البعض فريق من الفقهاء دون فريق حتى ليصعب أن يقال ان فى الفقه الحديث نظرية واحدة معينة مقبولة من الكافة فى تفسير طبيعة النيابة فى التصرفات القانونية ، وان كان من غير المتعسر استيضاح اتجاه ما نحو نظرية ما من تلك النظريات العديدة المتباينة .

ونستطيع أن نقسم مختلف النظريات في هذا الباب الى الأقسام الآتية :

أولا — نظرية الافتراض .

ثانيا — النظريات القائمة على فكرة الارادة .

ثالثا — النظرية المبنية على القانون الوضعي .

ولنعرض لهذه النظريات تباعا لنرى بعد هذا ما قد يؤدى بنا اليه البحث من رأى في الطبيعة القانونية للنيابة .

المبحث الأول

في نظرية الافتراض

٣٦ — ساد في الفقه التقليدى مذهب لعله كان اتجاها عاما في تفسير كل جديد من النظم القانونية ، ذلك هو مذهب الافتراض الذى يفسر الخاصية المميزة للنيابة ، ألا وهى وقوع آثار التصرف القانونى الذى يقوم به النائب للأصيل وعليه ، على أساس افتراض أن الأصيل هو الذى قام بالتصرف القانونى وان كان القائم به فعلا هو النائب فالأصيل يصبح بمقتضى تصرف النائب دائنا او مدينا لأنه يفترض أنه هو الذى قام بالتصرف القانونى المذكور .

يقول أحد أنصار هذه النظرية التى بدأت ببوتييه (١) انه لا معدى

(١) « اذا أبرم الوكيل عقودا ما مع الغير فان الموكل هو الذى يفترض أنه تعاقد بواسطة وكيله وهو (الموكل) الذى يلتزم نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم الوكيل بتلك الصفة ولا يترتب على الوكيل في هذه الحالة أى التزام لأن الافتراض أنه ليس هو الذى تعاقد وانما هو فقط واسطة يفترض أن الأصيل قد تعاقد عن طريقها » بوتييه : مجموعة الأعمال جـ ٥ ص ٢٠٧ طبعة بوتييه · باريس سنة ١٨٦١ .

« Lorsque le mandataire... a fait quelques contrats avec des tiers... c'est en ce cas le mandant qui est censé contracter par son ministère, et qui s'oblige envers les personnes avec lesquelles son mandataire a contracté en cette qualité. Le mandataire, en ce cas, ne contracte aucune obligation... parce que ce n'est pas lui qui est censé contracter ; il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter ».

Pethier : Oeuvres de Pethier, édition Bpgnet. t. V, Paris, 1861, p. 207.

عن اللجوء الى الافتراض للقول بأن الشخص الذى قام بالعمل القانونى لا يلتزم بمقتضاه وانما يلتزم به شخص آخر لم يشترك فى ذلك العمل (١) .

لقيت هذه النظرية قبولا عاما طوال القرن التاسع عشر وفى مطلع هذا القرن العشرين لا من الفقهاء الفرنسيين وحدهم بل وأيضا فى الفقه الألمانى ممثلا فى ونشايد (٢) وظلت نظرية الافتراض هى النظرية التقليدية فى تفسير طبيعة النيابة الى عهد قريب نسبيا حتى بدأ فى مهاجمتها واظهار قصورها الشراح الذين وجهوا التفاتا خاصا الى موضوع النيابة فى التصرفات القانونية وان كان من بين هؤلاء بعض قدامى أصحاب الرسائل فى هذا الموضوع ممن تابع هذه النظرية وأخذ بها على علاتها واكتفى فى تفسير طبيعة النيابة بتقرير أنها افتراض قانونى أو حيلة قانونية (٣) .

٣٧ ــ كان فى مقدمة الناعين على هذه النظرية كابيتان فى مدخله (٤) فقد أرجعها الى تأثر الفقهاء الفرنسيين بقواعد القانون الرومانى ودعا الى نبذها والى تقرير أن التصرف القانونى يصح أن ترجع آثاره الى شخص آخر غير القائم بذلك التصرف . وكذلك عدل عن هذه النظرية جميع الشراح الحديثين كما استبعدت من الطبعات الحديثة لمطولات القانون المدنى الفرنسى التى كان أصحابها الأولون من

---

(١) لابيه « مطلب فى آثار اجازة أعمال الفضولى » ص ١١ ــ أشار اليه مادراى ص ١٠٦ .

Labbé : Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires, p. 11, cité par Madray, p. 106.

(٢) انظر بوبسكو ــ رامنسيانو ص ١٩٨ و ١٩٩ والمرجع المذكور فيه .

(٣) بوابيه : رسالة من تولوز سنة ١٨٩٨ ، ماتيان : رسالة من باريس سنة ١٨٩٩ ، بوكييه : رسالة من مونبلييه سنة ١٨٩٩ .

(٤) كابيتان : « المدخل الى دراسة القانون المدنى » الطبعة الثالثة (سنة ١٩١٢) ص ٣٣٥ .

أنصار هذه النظرية (١) كما قد جانبها جل أصحاب الرسائل فى موضوع النيابة منذ مطلع القرن العشرين (٢) حتى ليصح أن يقال ان نظرية الافتراض هى الآن أدخل فى باب التاريخ منها فى باب علم القانون وانها مستبعدة من نطاق النظريات المسلمة فى الفقه الحدث •

والحق أن النظرية التى تفسر طبيعة النيابة فى التصرفات القانونية على أساس الافتراض يعيبها ما يعيب كل افتراض قانونى من عيب جوهرى مبعثه أن الافتراض دوران حول الاشكال لا حل له فالقائلون بهذا المذهب يتجنبون معضلة الطبيعة القانونية للنيابة باللجوء الى فكرة الافتراض التى لا تفسر شيئا ولا تدل بذاتها على شىء اذ هى لا تعدو أن تكون تعبيرا عن واقع الأمر فى النيابة لا تفسيرا لطبيعة ذلك النظام وتهربا من مواجهة المشكلة دون أن تكون حلا لها (٣) •

٣٨ — ثم ان نظرية الافتراض على عيبها هذا الجوهرى تقصر عن الاحاطة بجميع حالات النيابة فهى لا يمكن أن تنطبق على النيابة

---

(١) أنظر مطولة بلانيول وريبير طبعة سنة ١٩٤٧ بمساهمة بولانجيه ج ٢ ص ٥٠ بند ١٢٦ وقد كانت الطبعات الاولى من مطولة بلاينول وريبير (Traité élémentaire) تقر نظرية الافتراض • أنظر مثلا الطبعة العاشرة ج ٢ ص ٧٤٩ بند ٢٢٤٠ مكرر والطبعة الحادية عشرة ج ١ بند ١٨٤٨ •

(٢) بيلون : رسالة من كان سنة ١٨٩٧ ، كوربسكو : رسالة من باريس سنة ١٩١٢ ، بوبسكو — رامنسيانو : رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ، مادراى : رسالة من بوردو سنة ١٩٣١ ، كلاريز : رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ •

(٣) يقول العلامة ايرنج Ihering عن الافتراض :

« Le but de la fiction consiste à aplanir les difficultés qui sont inhérentes à l'adoption et l'application de nouvelles règles du droit plus ou moins incisives Elle laisse la doctrine traditionnelle ntacte dans son ancienne forme, sans cependant diminuer en quoi que ce soit, en pratique, la pleine efficacité de la forme nouvelle. La fiction tourne les difficultés au lieu de les résoudre. Elle n'es en cela que la solution scientifiquement imparfaite d'un problème et mérite.. d'être nommée un mensonge technique consacré par la nécessité ».
Ihering : L'Esprit du Droit Romain, trad. Meulenaer, t. iv, p. 296 (Paris), 1888.

القانونية والنيابة القضائية (١) اذ كيف يفترض أن القاصر أو المحجور هو الذى يتعاقد بينما ارادته ناقصة كليا أو جزئيا فهى ارادة لا يستقيم بها تصرف قانونى ؟ وكيف يمكن أن يقال ان رب العمل هو الذى يتعاقد بينما عقد الفضولى يكون من تلقاء نفسه وفى غيبة رب العمل ؟. وكيف يفترض أن الأصيل هو الذى يتصرف بينما يكون تصرف نائبه القضائى على غير ارادته فى غالب الأحيان ؟ فالأخذ بنظرية الافتراض يؤدى اذن فى هذه الحالات اما الى القول بأن التصرف القانونى يستند الى ارادة معدومة أو عاجزة واما انكار الوقائع المادية ونسبة ارادة الى الأصيل لم تكن له وقد يكون له عكسها .

فالافتراض على تجرده من القيمة فى ذاته يعجز عن شمول كافة تطبيقات النيابة بل ويصطدم بالحقائق الواقعة ويلقى عليها ظلا كثيفا من الاضطراب والغموض بدلا من أن ينيرها ويوضحها ، وفى مثل هذه الافتراضات قال العلامة جينى بحق « ان مصطنعات العقل لا تكون مقبولة الا بقدر ما تساهم فى توضيح حقيقة الوقائع الأساسية فمتى نالت من هذه الوقائع بدلا من أن تؤيدها وجب أن تنمحى أمام الحقائق العليا » (٢) . واذن فلا يكون الافتراض مقبولا فى تفسير طبيعة النيابة كما يجب ألا يكون مقبولا كتفسير علمى يرتاح اليه العقل اذ مهمة العلم

---

(١) أنظر ديموج بند ١٤٧ ص ٢٤٠ وفيفو ريانو ص ٤٧٠ ومادراى ص ١٠٩ ورواست ص ٩٤ ـ ٩٥ .

(٢) جينى : العلم والصياغة بند ٢٨٦ (جـ٤ص٦٤) ومن دواعى العجب مالاحظه قبلنا الإستاذ رواست (ص٩٥) من أن جينى رغم دراسته العميقة للافتراضات القانونية، المرجع السابق بند ٢٤٠ وما بعده (جـ ٣ ص ٣٦٠ وما بعدها) كان من أواخر الذين ظلوا يأخذون فى تفسير النيابة بفكرة الافتراض (المرجع المذكور جـ ٣ بند ٢٤٠ ص ٣٦٣) ولا ريب أن امعان النظر قد كان يؤدى به الى خلاف هذا المذهب .

الكشف عن الحقائق ومعرفة الأسباب والقــول بالافتراض ليس الا اعترافا بالعجز عن كشف الحقائق ومعرفة الأسباب (١) •

٣٨ مكرر ــ هـــذا وأن فقيها معاصرا خصص للافتراضـات القانونية دراسة قيمة يرى أن الافتراض كتفسير لظاهرة النيابة يدخل فى باب ما يسميه « الافتراضات الميتة » ويقول ان معيار معرفة كون الافتراض ميتا أو أنه لا يزال حيا هو التساؤل عما اذا كانت العبارة التى يصاغ فيها الافتراض تتضمن زعما كاذبا ، فالقاعدة القائلة « من يتصرف بواسطة غيره يتصرف بنفسه» كانت فى أصل أمرها افتراضا لأنها كانت تتضمن الزعم بأن التصرف المقصود قد تولاه الأصيل نفسه فعلا، غير أن هذه العبـارة قد شاع استعمالها الى درجة أنها الآن تدل على معناها المقصود (ألا وهو أن الأصيل يلتزم قانونا بتصرف نائبه) دلالة مباشرة بعد أن سقط الزعم الكاذب الذى كان يتوسط من قبل بين العبارة وبين هذا المدلول وأصبح مهجورا لكونه نافله وعملية ذهنية لا جدوى منها ، والواقع أن موت الافتراض يمكن أن يقال عنه انه نتيجة لقانون أقل مجهود فى مجال العمليات الذهنية (٢) •

وواضح مما يقوله الأستاذ فوللر أن الافتراض وان يكن «ميتا» فانه لا يعدو كونه تعبيرا عن الواقع ولا يعنى عنا شيئا فى فهم الظاهرة التى يعبر عنها أوفى تفسيرها ، فالقول بأن الأصيل يلتزم بآثار تصرف

---

(١) ويحضرنا هنـا قول العلامة بنتام فى الافتراضات القانونية :

«What you have been doing by the fiction — could you, or could you not have done it without the fiction? If not, your fiction is a wicked lie; if yes a foolish one. Such is the dilemna. Lawyer! escape from it if you can».
C.K Ogden : Bentham's Theory of Fictions, London, 1932, p. 141.

(٢) لون فوللر : الافتراضات القانونية ، ستانفورد ١٩٦٧ ص ١٩ •
Lon L. Fuller : Legal Fictions, Stanford University Press, Stanford, California, 1967, p. 19.

النائب يصف الأمر الواقع دون أن يحاول الجواب على السؤال بكيف ولماذا . واذن فالافتراض الحى كذبة بلقاء والافتراض « الميت » تحصيل حاصل لا فائدة منه متى تعلق الأمر باقامة بنيان نظرى يشرح طبيعة نظام قانونى معين ويعلل أحكامه ويرتبها فيما بينها على وجه منطقى مقبول .

المبحث الثانى

فى النظريات القائمة على الارادة

٣٩ ـ لما كان الافتراض غير صالح أساسا لتفسير الطبيعة القانونية للنيابة فقد طرحه الفقه جانبا ، وبنبذ فكرة الافتراض التى كانت تستر مشكلة طبيعة النيابة تجلت تلك المشكلة للعيان فى أظهر صورة وبدا واضحا أن اطراح نظرية الافتراض لا يفسر طبيعة النيابة وانما هو يكشف عن تلك المشكلة القناع ويفتح الباب واسعا للحلول التى يصح أن تشرح طبيعة النيابة شرحا مقبولا وتفسر النتائج التى يؤدى اليها فى العمل نظام النيابة تفسيرا قانونيا سليما .

واذ كانت الارادة الفردية منشأ التصرف القانونى فقد قامت فى الفقه نظريات تفسر طبيعة النيابة على أساس الارادة ـ ذلك العنصر المنشىء للتصرفات القانونية ـ ولا غرابة فى البحث عن طبيعة النيابة

= وفى موضع آخر يتساءل المؤلف عن الانابة الظاهرة هل هى افتراض ؟ ويجيب قائلا اننا اذا عنينا بقولنا ان النائب كان ذا صفة فى التصرف أن الأصيل قد خوله فعلا تلك الصفة كنا أوامر افتراض .. أما اذا كان كل ما نعنيه هو أن للنائب فى تلك الظروف صفة قانونية فى الزام الأصيل آثار التصرف لم يكن هنا لك افتراض (فولكو . المرجع المذكور ص ٣١) . وهنا أيضا نجدنا أمام تعبير عن القاعدة القانونية دون محاولة لشرح طبيعتها . أنظر فى الانابة الظاهرة ما يلى البنود ١٢٣ ـ١٣٥ .

فى التصرفات القانونية على ضوء الارادة طالما كان التصرف القانونى مبنيا على الارادة بل كان ـ كما يعبرون ـ ارادة متجهة الى احداث أثر قانونى •

على أن ظاهرة النيابة فى التصرفات القانونية تنتظم أكثر من ارادة فردية واحدة ، واذا صرفنا النظر عن ارادة الغير الذى يتعاقد مع النائب بقيت لدينا فى الطرف الآخر للتصرف القانونى ارادتان هما ارادة الأصيل وارادة النائب •

فأية ارادة تلك التى نأخذ بها لتفسير طبيعة النيابة ولتبرير رجوع آثار التصرف القانونى الى الأصيل دون النائب ؟ أهى ارادة الأصيل ؟ أم هى ارادة النائب ؟ أم هما ارادتا الأصيل والنائب فى وقت معا ؟ وبعبارة أخرى ما الارادة التى ينعقد بها التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة ؟ ارادة الأصيل أم ارادة النائب أم الارادتان معا ؟

والحق أن كلا من الاجابات الثلاث المتقدمة لم يعدم نصيرا بين الفقهاء وعلى هذا فقد انقسمت النظريات القائمة على الارادة أقساما ثلاثة •

القسم الأول : فى النظرية القائمة على ارادة الأصيل :

• ٤ ـ حمل لواء هذه النظرية فى القرن الماضى العلامة سافنى (١) وبمقتضى مذهبه لا تكون النيابة فى جوهرها الا نقلا لارادة الأصيل ولا يعدو النائب أن يكون رسولا ينقل تلك الارادة وعلى هذا يكون المتعاقد أو القائم بالتصرف القانونى فى الحقيقة هو الأصيل وما النائب

---

(١) سافنى : الالتزامات ترجمة هيبر جـ ٢ ص ٩٣ـ١٤٦ وخصوصا ص ١١٩ ـ ١٣٠ •

Savigny : « Le droit des obligations », tarduction Hippert, t. II, Paris, 1873. pp. 93-146 (représentation).

الا أداة لنقل ارادته ومتى كان الأصيل هو الذى يقوم بالتصرف القانونى على هذا الوجه فطبيعى أن تقع له وعليه آثار ذلك التصرف.

ولا جدال فى أن هذه النظرية متأثرة كل التأثر بالقانون الرومانى فهى تنقل الى القانون الحديث نظام الرسول nuntius المعروف عند الرومان ، فسافنى يعتبر النائب مجرد رسول مبديا أن اتساع أو ضيق السلطة التى تكون للنائب فى ابرام التصرف القانونى لا يغير من وضعه القانونى ولا يخرجه عن كونه رسولا ومجرد أداة للتعبير عن ارادة الأصيل يستوى فى ذلك عنده الرسول الذى يحمل رسالة يجهل فحواها والوكيل الذى يفوض اليه أمر ابرام التصرف القانونى وتحديد مضمونه ومداه (١) .

يصل سافنى الى هذه النتيجة عن طريق القول بأنه فى الحالة التى يقوم بها النائب بعقد أو بتصرف قانونى معين محددة ظروفه وشروطه سلفا يكون النائب ولا شك معبرا عن ارادة الأصيل وناقلالها ، وكذلك فى الحالة التى يكون للنائب فيها سلطة تقديرية فى التعاقد لا يتغير الوضع فى جوهره لأن الأصيل اذ ينيب عنه غيره يتخذ مقدما من ارادة النائب ارادة له وعلى هذا يكون المتعاقد الحقيقى هو الأصيل وتكون الارادة التعاقدية هى ارادته ذلك لأنه يتخذ لنفسه الارادة التى سيعبر عنها النائب عند التعاقد فيما يختص بالشروط التى لم تكن معروفة سلفا كالثمن أو المحل مثلا (٢) .

---

(١) سافنى المرجع السابق ص ١٣٣ .

(٢) سافنى : المرجع السابق الموضع المذكور حيث يقول المؤلف :
« S'il (le représentant) conclut alors le contrat pour moi, il doit néanmoins être regardé et jugé comme le simple messager dans les cas précédents... Car ma volonté dirigée vers différentes résolutions entre lesquelles le représentant doit avoir le choix, est encore toujours ma volonté, et le représentant lui-même apparaît dans tous ces cas, vis-à-vis de l'autre partie, comme simple porteur de ma volonté ».
وانظر باكيونى ص ٢٩٧ ـ ٢٩٨ .

وعلى هذا الوجه يلغى سافنى التفرقة الجوهرية بين الرسـول والنائب مستندا من جهة أخرى الى الصعوبة التى تحول دون وضع حد دقيق للتفرقة فى مختلف الحالات بين النائب والرسـول • واذن فسافنى يعتبر النائب دائما وفى كل الحالات رسولا كما كن الحال فى القانون الرومانى ومجرد أداة لنقل ارادة الأصيل الـذى هو دائما المتعاقد الحقيقى ، لا تستثنى من ذلك الحالات التى يكلف فيهـا النائب بتحديد مضمون الارادة لأنه حتى فى هذه الحالات انما يعبر النائب عن تلك الارادة باعتبارها ارادة الأصيل •

• ٤ مكرر — ونجـد لنظرية ارادة الأصيل أصـداء فى الفقه الانجليزى والفقه الأمريكى — على قلة احتفالهما بالمباحث النظرية — فقد كتب هولمز فى سنة ١٨٩١ يقول « ان الأصيل هو الذى يتعاقد •• حتى فى الحالة التى يكون فيهـا للنائب سلطة تقـديرية فى التصرف وأيا كان مدى تلك السلطة التقديرية » • كما كتب كوك فى سنة ١٩٠٦ يقول « ان قانوننا لا يقول ان النائب هو الذى يتعاقد ثم تنتقل آثـار تعاقده بطريقة ما الى الأصيل بل انه يعتبر الأصـيل هو المتعاقد عن طريق النائب الذى ليس الا بمثابة واسطة للاتصال » (١) •

٤١ — ومع تسليمنا بأن التفرقة بين النـائب والرسول قد لا تكون فى كل الحالات من هينات الأمور فانه لا يمكننا اغفال هذه

---

(١) مشار اليها فى سفر ص ٨١ حاشية ٢٩ حيث يشير المؤلف الى رأى سافنى منقولا عن الترجمة الانجليزية لكتابه « تنازع القوانين » • أنظر أيضا ستولجار ص ١٥ ويلاحظ أن سيفنى ينتصر لنظرية ارادة النائب اذ يقول ص ٨١ — ٨٢ •

« It is not true here that the contract is completed by the will of the principal alone, or that the agent is « a referee who settles the price », a mere « teto-tum ». The contract comes into existence through the independent wil lof the agent, for the latter is responsible for his acts and words so far as his status as an individual permits. But the contract does come into existence in accordance with the expressed will of the principal and there is no departure from the thory of contracts ».

التفرقة والقول باطراحها فهى قائمة ولا شك وهى لا غنى عنها على أية حال فى القانون الحديث (١) • وقد عرضنا فى غير هذا الموضع لهذه التفرقة بين النائب والرسول بالتفصيل • والذى يعنينا هنا هو أن نقرر أن اغفالها هو من مآخذ نظرية سافنى التى يحق فيها قول الاستاذ رواست أنها تحاول حل الاشكال عن طريق محوه (٢) •

ثم أن هذه النظرية على علاتها يتوجه اليها النقد من ناحية عجزها عن شمول كافة أنواع النيابة ، اذ لا يجوز فى العقل أن تنطبق الا فى حالة النيابة الاتفاقية ، دون سائر الحالات التى يكون الأصيل فيها معدوم الارادة أو ناقصها أو عاجزا فعلا عن استعمالها والا فكيف يصح فى الأذهان أن يكون الوصى رسول القاصر والقيم رسول المحجور والحارس القضائى رسول الخصوم والفضولى رسول رب العمل ؟ وكيف يستقيم فى هذه الحالات القول بأن الارادة التعاقدية هى ارادة الأصيل بينما يكون الأصيل غير ذى ارادة أو يكون جاهلا أصلا بالتصرف القانونى الذى يجريه النائب • أما فى حالة النيابة الاتفاقية فهذه النظرية فى خلطها بين الوكيل والرسول تخالف حقائق الأشياء ، اذ القول بأن الوكيل مجرد أداة لنقل ارادة الموكل لا يتفق مع الدور الحقيقى للوكيل الذى يكون لتقديره مجال يتسع ويضيق حسب الاحوال ولكنه يخرجه على ايه حال عن أن يكون مجرد ناقل

(١) أنظر بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٢١٥ •

(٢) رواست ص ٩٨ •

« ... la théorie de Savigny, a essayé de résoudre le problème en le supprimant ». Rouast, p. 97.

ولا شك أنه متى كنا أمام رسول فعلا فلا يقوم الاشكال أصلا اذ لا تكون هناك نيابة وانما يكون هناك تعاقد بالأصالة بين غائبين • أنظر ما تقدم بند ٦ •

لارادة الأصيل (١) ، ناهيك أنه فى جميع الأحوال التى تكون الوكالة فيها عامة يكون مجرد الزعم بأن الوكيل انمـا يعبر عن ارادة حقيقية للموكل غير مقبول لأنه يخالف حقيقة الواقع فالوكيل العام يقوم فى ادائه مهمته بتصرفات قانونية لعلهـا لم تخطر لموكله على بـال وقد لا يتوقعها فضلا عن أن تتجه اليها ارادته واذن فلا يمكن أن تكون الارادة التى يقوم عليها مثل هذا التصرف القانونى الا ارادة الوكيل وعلى هذا فلا يكون التصرف تصرف الأصيل ولا يكون هو المتعاقد الحقيقى كما تقول هذه النظرية •

٤٢ ـ هذا وان هذا المذهب فضلا عن عدم شموله للنيـابة القانونية وعدم استقامته فى حالات النيابة الاتفاقية فهو يناقض أحكام القانون الوضعى ولا يتفق مع النصوص التشريعية • من ذلك أن مقتضى القول بأن الارادة التعاقدية هى ارادة الأصيل وأن المتعاقد الحقيقى هو الأصيل أن يكون الاعتداد فى عيوب الرضا وفى سائر ما يتصل بسلامة الارادة وكفايتها بشخص الأصـيل مع أن الحكم فى سـائر القوانين الحديثة أن شخص النائب هو الذى يكون محل الاعتبار فى تقـدير سلامة الارادة وأسباب فسادها ، وهو ما نص عليه قانوننا المدنى فى المادة ١٠٤ منه بقوله : « اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو

---

(١) لهذا نرى أنه غير صحيح ما يقوله الأستاذ سافاتييه من أن الأصيل لا يلتزم بارادته هو عن طريق الوكالة الا حيثما تكون الوكالة خاصة فعند ذلك تكون مهمة الوكيل محددة على وجه يجعل دوره مجرد النقل شبه الآلى لارادة الموكل • « الأطوار الاقتصادية والاجتماعية للقانون الخاص المعـاصر » جـ ٣ باريس ١٩٥٩ ص ٣٤ ـ ٣٥ وان يكن المؤلف قد أورد هذا القول فى معرض الرد على أنصار نظرية أرادة الأصيل موضحا أن الحالة التى يصفها بهذا الوصف حالة خاصة لا تصلح أساسا لشرح طبيعة النيابة بصفة عامة ولا يسعنا الا أن نكرر أنه حتى فى صورة الوكالة الخاصة المحددة لا يمكن اعتبار النائب مجرد آلة لنقل ارادة الأصيل ••

فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » •
وان نظرية تتناقض نتائجها مع أحكام القانون التى تنبرى تلك النظرية لتفسيرها وتبريرها ليتعين اطراحهـــا اذ لا تكون قائمة على أساس سليم •

لكل ما تقدم كانت النظرية التى تفسر طبيعة النيابة بالاستناد الى ارادة الأصـيل غير مقبولة والحق أنه لم يعـد لها بين الشراح المعاصرين نصير •

القسم الثانى : فى النظريات القائمة على ارادة النائب :

٤٣ ـ كان من شأن القصـور الظاهر الذى يشـوب تفسير طبيعة النيابة على أساس ارادة الأصيل ـ وهو قصـور يجعل تلك النظرية فضلا عن عيوبهـا الذاتية غير شاملة لجميع صـور النيابة وأشـكالها ـ أن اتجه البحث وجهة الارادة الفردية الأخـرى التى تقابلها فى ظاهرة النيابة وهى ارادة النائب •

والحق أن النظرية التى تفسر طبيعة النيـابة على أساس ارادة الأصيل تمت الى نظرية الافتراض بسبب وهو ما يبدو جليا من تشابه أوجه النقد التى تتعرض لهـا كل من النظريتين والفقه اذ اطرح فكرة الافتراض انما اطرحها ليواجه الواقع من أمر ظاهرة النيابة ويشرح ذلك الواقع شرحا علميا مقبولا •

ولما كانت حقيقة الواقع أن لارادة النائب دورا كبيرا فى التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة فقد كان طبيعيا أن يتجه البحث فى تفسير طبيعة النيابة وجهة ارادة النائب ولقد كان للعلامة ايرنج فضل الاشادة بهذا الاتجاه فى ألمانيا فى القرن الماضى (١) اذ قرر ـ خلافا

(١) يقترن هذا المذهب باسم ايرنج الذى اجاد فى عرضه واول من قال به هو الفقيه الألمانى Puchta انظر باكيونى ص ٢٩٨ •

لما كان ينادي به سافني — أن الارادةالتى تقوم عليهما التصرفات القانونية الحاصلة بطريق النيابة انما هى ارادة النائب وأن النائب هو دائما المتعاقد الحقيقى وان رجعت آثار عقده الى الأصيل ، وقد عبر عن ذلك ايرنج بقوله أنه فى حالات النيابة يكون هناك انفصام بين السبب والأثر فبينما السبب ، أى التصرف القانونى ، هو من فعل النائب نجد أن آثاره تتحقق فى شخص الأصيل (١) .

٤٤ — ولا ريب فى أن مذهب ايرنج فى اعتباره النائب هو القائم بالتصرف القانونى يتمشى مع حقائق الأشياء ، كما أن له فضل التفرقة بين النائب والرسول — تلك التفرقة التى يطمسها مذهب سافنى — فالأحوال التى يقتصر فيها الأمر على مجرد نقل ارادة الأصيل تخرج طبقا لمذهب ايرنج عن نطاق النيابة — ذلك النطاق الذى لا تدخل فيه بحق الا الأحوال التى يعبر فيها النائب عن ارادة خاصة به يقوم عليها تصرف قانونى ترجع آثاره الى الأصيل . كما أن هذا المذهب فى اعتداده بارادة النائب يساير الأحكام التشريعية القاضية بالرجوع فى عيوب الرضا وحسن النية وغيرهما الى ارادة النائب اذ طالما كان النائب هو المتعاقد وكانت ارادته هى التى توجد التصرف القانونى فانه يتعين البحث عن سلامة الرضا وما اليها فى تلك الارادة دون ارادة الأصيل كما هو مقتضى نظرية سافنى .

---

(١) Ihering : « Esprit du droit romain », trad. de Meulenaere, t. IV, Paris, 1888, p. 172 : « Au fond. le principe de la représentation n'est autre chose que la séparation de la cause et de l'effet : la cause, l'action concerne la personne du représentant ; l'effet, le droit concerne le représenté. Il y a donc là une séparation artificielle de ce qui, dans l'état naturel du rapport, est un ».

ليس مبدأ النيابة فى الواقع الا التفرقة بين السبب وبين الأثر ، فالسبب أو الفعل خاص بالنائب والأثر أو الحق خاص بالأصيل . واذن فثمة تفرقة مصطنعة لشىء هو فى الوضع الطبيعى للعلاقة « القانونية وحدة » ايرنج : « روح القانون الرومانى » ج ٤ ص ١٧٢ ترجمة مولنير . باريس سنة ١٨٨٨ .

على أن مذهب ايرنج هذا وان تضمن نواة الحقيقة فانه ليس بيانا كافيا لطبيعة النيابة ولا تفسيرا وافيا لرجوع آثار التصرف القانونى الى الأصيل ، اذ ليس يكفى أن نقرر أن المتعاقد الحقيقى هو النائب دون الأصيل وأن لدينا انفصاما بين السبب والأثر ، وانما يلزمنا أن نفهم كيف أن عقد النائب تتحقق آثاره فى شخص الأصيل دون شخص عاقده وكيف أن هذا « السبب » الذى من لدن النائب ينتج ذلك « الأثر » لدى الأصيل ؟ هذا هو النقص الذى حاول اكماله أنصار هذا المذهب من الفقهاء الذين ساروا فى الطريق الذى كان للعلامة ايرنج فضل شقه ، ولننظر الآن فيما استحدثوه لنرى ما اذا كانوا قد أكملوا النقص وأوفوا على الغاية .

٤٥ ــ نظرية بيلون : قام بيلون فى رسالته عن النيابة سنة ١٨٩٧ (١) بمحاولة بارعة لشرح طبيعة النيابة انتهى منهـا الى تقرير أن النيابة هى فى جوهرها « الحلول الحقيقية لشخصية النائب القانونية محل شخصية الأصيل وبعبارة أخرى فان ارادة النائب الحالة محل ارادة الأصيل هى التى تسهم مباشرة وفعلا فى تكوين العقد الذى تقع آثاره فى ذمة الأصيل » . ويبرر بيلون هذه النتيجة بالاستناد الى فكرة الالتزام أو بالأحرى الى المذهب المادى فى الالتزام فهو يبدى أن الالتزام لم يعد الآن كما كان عند الرومان مجرد علاقة بين شخصين وانما هو أولا وقبل كل شىء رابطة بين ذمتين . واذا كان مما يجافى المنطق أن يرتبط شخص بارادة شخص آخر فانه لا يصعب التسليم بأن الشخص يستطيع أن يربط ذمة غيره وبعبارة أخرى أن الذمة

---

(١) اوستاش بيلون : « بحث فى النظرية العامة للنيابة فى الالتزامات » رسالة من كان سنة ١٨٩٧

Pilon, Eustache : « Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations », Thèse, Caen, 1897.

يمكن أن يقع عليها أو لها التزام ما بمقتضى ارادة غير ارادة صاحبها ، ارادة يضعها صاحبها فى خدمة ذمة غير ذمته دون أن يلزم ذمته هو ، فاذا اشترى زيد مالا من عمرو لحساب نفسه فأنه يلزم ذمته وكذلك اذا اشترى زيد ذلك المال من عمرو لحساب خالد فأنه يلزم ذمة خالد وبذلك نكون دائما فى دائرة الالتزام ، وعلى هذا الأساس وحده يرى بيلون أنه يمكن تفسير النيابة وذلك بالاستناد الى الفكرة المادية للالتزام (١) .

٤٦ ــ ونظرية بيلون هذه تلقى على جوهر النيابة ضوء لاشك فيه ولكنها مع ذلك لا تفسر طبيعتها تفسيرا كاملا فهى ــ كما قال الأستاذ ديموج ــ تحليل للنيابة دون أن تكون تفسيرا وافيا لها (٢). فمن تقرير الواقع أن يقال ان العقد الذى ينعقد بارادة النائب تقع آثاره فى ذمة الأصيل ، وحسن أن نسعى لفهم ذلك بالنظر الى الالتزام نظرة مادية ، ولكن ما الذى وراء هذه الظواهر ؟ ولماذا تلتزم ذمة الأصيل بمقتضى ارادة النائب ، وكيف يحدث ذلك بالضبط مع تسليمنا بامكان حدوثه طبقا للفكرة المادية للالتزام ؟ هذا ما نعتقد أن الأفكار التى ساقها بيلون لا تصل الى الاجابة عنه اجابة شافية وبالتالى فهى تقصر عن شرح طبيعة النيابة شرحا كاملا يقفنا على كنه هذا النظام ويفسر لنا كيفية احداثه للآثار التى يبنيها عليه القانون الوضعى.

هذا وان من الأحكام الوضعية للنيابة ما لا يكون مفهوما على وجهة اذا اكتفينا بقول بيلون ان « النيابة هى الحلول الحقيقى التام لشخصية النائب محل شخصية الأصيل بحيث تسهم ارادة النائب

(١) بيلون : المرجع المذكور ص ٤٧ وما بعدها وأنظر أيضا بوبسكو رامنسيانو ص ٢٠٤ ــ ٢٠٥ ومادراى ص ١١١ ــ ١١٢ ورواست ص ٩٩ .

(٢) ديموج : « الأفكار الأساسية للقانون الخاص » سنة ١٩١١ ص ٨٧٨ حاشية .

الحالة محل ارادة الأصيل مباشرة وفعلا فى تكوين العقد » فان هذا التعريف وان كان له فضل التنبيه على الدور الذى تلعبه ارادة النائب فى العقد الذى يتم بطريق النيابة ، الا أنه لا يشرح بذاته ما يشترطه القانون من كون العقد أو التصرف الذى يقـــوم به النائب مباحا للأصيل غير ممنوع عليه ، ولا ما هو مقرر من عـــدم اشتراط الأهلية اللازمة للعقد فى النائب الاتفاقى والاكتفاء فيه بأهلية التمييز .

ولقد انتقدت هـــذه النظرية من جهة أخرى لاعتمادها اعتمادا كبيرا على فكرة الذمة المالية تلك الفكرة التى لم تعد بمنجـــاة من هجمات الفقهاء المعاصرين (١) ، هذا الى أن نظرية بيلون أكثر ملاءمة لحالات النيابة العامة كنيابة الوصى عن القاصر مثلا حيث يكون النائب معهودا اليه بكل ما يتصل بذمة الأصيل فهو يديرها فى مجموعهـــا ، ولكنها أقل انطباقا على حالات النيابة الخاصة التى تنصب على تصرف معين ولا يقوم النائب فيها بمهمة ادارة ذمة الأصيل فى مجموعهـــا اذ كيف نفهم اذن أن ارادة النائب تنتج آثارها فى تلك الذمة (٢) .

وكذلك فان بعض الفقهاء (٣) قد نعى على بيلون قوله ان ذمة الأصيل تلتزم بمقتضى ارادة النائب وأن النائب يضع ارادته فى خدمة

---

(١) رواست ص ٩٩ وانظر فى انتقاد النظرية التقليدية للذمة هنرى جازان «دراسة انتقادية لفكرة الذمة فى الفقة التقليدى » رسالة مزديجون سنة ١٩١٠

Gazin, Henri : « Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique », Thèse, Dijon, 1910.

واسماعيل غانم : « دراسة انتقادية لفكرة الذمة فى القانون الفرنسي والقانون المصري » رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (على الآلة الكاتبة)

Ghanem : « Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien », Thèse, Paris, 1951 (dactylographié).

(٢) رواست ص ١٠٠ .

(٣) كومباروس : « دور الارادة فى التصرف القانونى » جـ ١ باريس سنة ١٩٣١ ص ٢٢٨ .

Coumbaros, Nicolas : « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique », t. I, Paris, 1931, p. 228.

ذمة الأصيل دون أن يلزم ذمته هو ، فقد قيل انه طالما كانت الذمة هى مجموع الروابط القانونية للشخص وكانت الرابطة القانونية فى النظرية التقليدية ارادة قد اتجهت لاحداث أثر قانونى أو حالة داخلة فى نطاق الارادة (état de la sphère de la volonté) فالذمة اذن هى مجموع حالات النطاق الارادى (l'ensemble des états de la sphère de la volonté) واذن فالذمة والارادة متصلان اتصالا لا يمكن معه انفصالهما على الوجه الذى تقتضيه نظرية بيلون .

ثم أننا نرى أن هذه النظرية فى ايجادها هذا الرباط الوثيق بين الالتزام وبين تفسير النيابة تخرج عن العموم الذى يجب أن تتصف به كل نظرية ، ذلك أن التصرفات القانونية التى تتم بطريق النيابة قد لا يكون محلها كلها انشاء التزام فالارادة كما تتجه الى ايشاء التزام فانها قد تتجه الى احداث أثر قانونى آخر ، وغير قليل من التصرفات القانونية لا يكون محله انشاء التزام وانما أثرا قانونيا آخر فمن ذلك الاسقاطات بأنواعها ومن ذلك أيضا انشاء وتعديل وانهاء الحقوق العينية . وهذه التصرفات القانونية تقبل النيابة ومن هنا كانت هذه النظرية بوضعها قاصرة عن شمول هذه الحالات ، ومن هذه الوجهة أيضا ينالها النقد .

٤٧ — نظرية ليفى — أولمان : عمل الأستاذ ليفى — أولمان على تكملة نظرية بيلون فى دراسة له عن النيابة فى القانون الانجليزى (١) فهو كسابقه يربط بين تفسير النيابة وبين الفكرة المادية للالتزام اذ يقول أن تعريف الالتزام تعريفا ماديا يقرب النيابة من الأذهان ويسمح

---

(١) ليفى — اولمان : « نصيب القانون الانجليزي من النظرية العامة للنيابة فى التصرفات القانونية » منشور فى مجموعة أكاديمية القانون المقارن جـ ١ لاهاى سنة ١٩٢٧ وانظر أيضا بوبسكو رامنسيانو ص ٢١٦ وما بعدها ومادراي ص ١٢٢ وما بعدها ورواست ص ١٠٠ وما بعدها .

بتفهمها ثم هو يضيف الى هذا قوله أن النيابة هي في جوهرها وصف يلحق التصرف القانوني الذي يقوم به النائب مثله مثل الشرط والأجل فهي الوصف الذي بمقتضاه ترجع آثار التصرف القانوني الذي يقوم به شخص (يدعي النائب) لحساب شخص آخر (يدعى الأصيل) الى هذا الأخير مباشرة •

ذلك أن المعهود في التصرف القانوني أن ترجع آثاره الى القائم به فاذا كان عقدا ارتبط به طرفاه ، أما اذا لحق ذلك العقد وصف النيابة فان مقتضى هذا الوصف أن يغير من الآثار العادية للعقد فيجعل الحقوق والالتزامات المتولدة عنه تتحقق في شخص الأصيل دون شخص النائب المتعاقد • هذا وأن مقتضى كل وصف تعديل يلحق الآثار الطبيعية للعقد — أو للتصرف القانوني — بارادة الأطراف فالأجل يؤخر وقوع آثار التصرف القانوني والشرط يعلق وقوعها أو انقضاءها على واقعة مستقبلة ولكن ليس الشرط والأجل في مذهب ليفي أولمان هما كل الأوصاف التي قد تلحق التصرفات القانونية بل أن هذه الأوصاف لا تنحصر في الوصفين المذكورين (١) فان منها الوصف الذي نسميه « النيابة » وهو اذا لحق التصرف القانوني عدل من نتائجه العادية وجعل آثاره ترجع الى الأصيل الذي قام النائب بالتصرف القانوني لحسابه دون أن يشترك هو في ذلك التصرف • وهذا الوصف المسمى النيابة يلحق التصرف القانوني اما بارادة الأطراف ، واما بمقتضى القانون الذي يستند الى الارادة المفترضة للأطراف • وعلى هذا الوجه كما يقول أحد أنصار هذا المذهب (٢) تنطبق نظرية الوصف هذه على كل أنواع النيابة من اتفاقية وقانونية •

---

(١) أنصار هذا المذهب يسلكون معهما ، عدا النيابة ، التجريد abstraction ويقررون أن الأوصاف لا تنحصر مع ذلك فيما ذكر • أنظر بوبسكو — رامنسيانو ص ٢١٧ — ٢١٨ ومادراى ص ١٣٢ •

(٢) بوبسكو — رامنسيانو ص ٢١٨ •

٤٨ – وقد لاقت هذه النظرية فى أول الأمر ترحيبا اذ قيل انها تفسر طبيعة النيابة تفسيرا بسيطا ينطبق على كافة حالاتها وقد بالغ فى الانتصار لها بوجه خاص بوبسكو – رامنسيانو فى رسالته التى سبقت الاشارة اليها ولكن شيئا من امعان النظر يجعلنا لجانب هذا المذهب ولا نسلم لأصحابه بما ذهبوا اليه .

فليس صحيحا القول بأن النيابة وصف يلحق التصرف القانونى الذى يقوم به النائب أو العقد الذى ينعقد بين النائب والغير المتعاقد معه ، ذلك أن مقتضى كل وصف أن يغير من آثار العقد العادية فيما بين المتعاقدين فالأجل مثلا يؤخر تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد ، والشرط يوقف قيامها أو انقضاءها على واقعه مستقبلة ولكن ذلك كله لا يتعدى العلاقة بين طرفى العقد . أما أن وصفا فى عقد بين شخصين يمتد الى شخص ثالث فيوقع على عاتقه آثار ذلك العقد فهذا مالا يفهم على أساس فكرة الوصف بل ينقصنا هنا عنصر آخر لفهم هذا الوضع ، عنصر خارج عن العقد الذى يتم بين النائب والغير وهذا ما أغفلته نظرية ليفى – أولمان وما نعده عيبا جوهريا فيها ، فلا يستقيم اذن القول بأن النيابة وصف مثل الشرط والأجل (١) ذلك

(١) وهل أدل على ذلك من الخلط الذى وقع فيه بوبسكو – رامنسيانو فى نقده لرسالة مادراى (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٤٧) اذ يقول فى معرض دفاعه عن هذه النظرية :

« C'est que la modalité-représentation n'est pas due à la volonté des parties contrcatantes, mais aussi à celle du représenté, par le fait même qu'il a accordé à l'une de celles-ci le pouvoir de représenter. La volonté des co-contractants est par conséquent limitée par ce pouvoir de représenter. Ce n'est qu'autant que la volonté des premiers est conforme à celle du représenté que... celui-ci peut se trouver lié, qu'en d'autres mots la modalité-représentation peut prendre naissance ».

فكيف يفهم أن وصفا فى عقد مالا يتوقف على ارادة طرفيه المنشئة له انما أيضا على ارادة شخص ثالث غير مشترك فى العقد هو الأصيل ؟ ومتى كانت الأوصاف التى تلحق العقود لا ينفرد بأمرها أطرافها المبرمون لها وانما يكون لارادة الغير دخل فيها ؟ .

أن الوصف بطبيعته قاصر على العـلاقة بين أطراف العقـد أنفسهم ولا يتناول شخصا بعيدا عنه ولا يحتاج فى فهمه الى عنصر خارجى .

ولقد انتقدت هذه النظرية أيضا من جهة أخرى اذ قيـــل ان الوصف بحسب تعريف أنصارها له هو أحد العناصر العرضية التى قد تلحق التصرف القانونى بمقتضى القـــانون الوضعى أو بارادة الأطراف ، وهذا التعريف لا يمكن أن تقـوم عليه نظرية تفسر طبيعة النيابة فى التصرفات القـانونية فان النيابة تتناول عنصرا جوهريا فى التصرف القانونى ولا يمكن بحال اعتبارها مجرد عنصر عرضى اذ ينبنى عليها تحديد أشخاص الأطراف فى التصرف القـانونى ، وذلك عنصر جوهرى فيه لا يكتمل التصرف القانونى بدونه ، ولا ريب فى أنه يجب أن تكتمل للتصرف القـانونى كافة عناصره الجوهرية حتى يمكن أن يلحقه وصف أى عنصر عرضى يعدل من بعض آثاره كما هو الحال فى الأوصاف التى تعرفها المجموعة المدنية من شرط وأجل، فالذين يدرجون النيابة مع هذه الأوصاف ويعدونها مثلها عنصرا عرضيا يلحق التصرف القانونى يجانبون ولا شك جادة الصواب (١) .

واذن فهذه النظرية بدورها غـير مقبولة تفسيرا صحيحا لطبيعة النيابة رغم ما لها من مظهر براق لعل مرجعه الى أنها اذ تعتبر النيابة وصفا تسلكها فى سلك تعرفه قوانيننا المدنية وتصـــبها فى قالب من القوالب المعروفة للمشتغلين بالقانون ، ولكن هـــذا ليس فضيلة فى ذاته فان طبيعة النيابة ينبغى البحث عنها بحثا مجردا فى خصائص ذلك النظام ، وقد يؤدى بنا البحث الى اعتبارها نظاما مستقلا بذاته كما هو الواقع ، ولا غضاضة فى ذلك فليست مهمة البحث الفقهى ادخال كل نظام جديد فى نطاق نظام أو مجموعة من النظم التى يعرفها من قبل علم القانون .

(١) مادراى ص ١٢٧ رواست ص ١٠١ .

٤٨ — مكرر — نظرية سافاتييه : حاول الأستاذ سافاتييه فى مؤلف له ظهر سنة ١٩٥٩ (١) شرح طبيعة النيابة فى التصرفات القانونية بالاستناد الى فكرة العضو organe فهو يرى أن النيابة هى أن تحل فى ابرام التصرف القانونى ارادة شخص يقوم بدور العضو محل ارادة الشخص الذى ستنصرف اليه آثار ذلك التصرف ، وبمقتضى وظيفة العضو المذكور تكون ارادته هو لا ارادة الأصيل هى التى يقوم عليها التصرف القانونى ، ويمكن تبرير هذه الظاهرة فى الضرورات التى تمليها الحياة القانونية للشخص صاحب الشأن (أى الأصيل) وهكذا فان فكرة العضو لا يقتصر مجالها على الأشخاص المعنوية وانما يمتد أيضا الى الأشخاص الطبيعيين اذ أنهم يعمدون الى الاستعانة بعضو هو النائب كلما كانت ارادة صاحب الشأن نفسه غير كافية لمواجهة ضرورات حياته القانونية فهنا تسد ارادة النائب بوصفه عضوا للأصيل هذا النقص استجابة لضرورات الحياة القانونية للأصيل •

وواضح ما فى هذا القول من تأثر بنظرية الشخصية المعنوية فهو يحاول شرح الطبيعة القانونية للنيابة بقياس دور النائب على دور عضو الشخص المعنوى ويحدو المؤلف فى هذا ما هو مشاهد من تزايد الأشخاص المعنوية المستمر كما ، وأهمية بحيث أصبحت تلك الأشخاص المعنوية تقوم بمعظم النشاط الاقتصادى فى القطاعين الخاص والعام مما غير — فى نظره — من معطيات النظرية التقليدية للعقد (٢) •

٤٨ مكرر ٢ — وأول ما يؤخذ على هذا الرأى أن تشبيه شىء بشىء ليس بالضرورة شرحا لطبيعة أيهما بل ان أوجه الخلاف بين طرفى

---

(١) Savatier, Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, 3ème série, Paris (Dalloz), 1959, No. 359 bis.

(٢) المرجع السابق بند ٣٥٧ •

التشبيه قد تكون أعم من أوجه الشبه ـ السطحية أحيانا ـ التى يقوم عليها التشبيه .

ثم ان القول بأن النائب عضو الأصيل لا يصل بنا فى شرح طبيعة النيابةالى مداه اذ يبقى أن نعرف بعد ذلك كيف يتسنى لهذا العضو أن يؤثر ـ بارادة المفروض فى النظرية أنها ارادته هو ـ فى الحياة القانونية لصاحب الشأن ، كيف ولماذا على وجه التحديد تقع آثار تصرف العضو فى ذمة الأصيل مباشرة .

هذا الى أن سافاتييه يكتفى بما بين وضع الشخص المعنوى ووضع الأصيل من اشتراك فى اعتماد كل منهما على نشاط شخص طبيعى آخر (هو العضو فى حالة الشخص المعنوى وهو النائب فى حالة النيابة) فى تحقيق أغراض حياتهما القانونية ويرى فى هذه الظاهرة المشتركة بينهما أساسا كافيا لشرح طبيعة النيابة استنادا الى فكرة العضو ، فعنده اذن أن الفرق بين اعتماد الشخص المعنوى وبين اعتماد الشخص الطبيعى على نشاط شخص آخر هو مجرد فرق فى الدرجة بينما الواقع أن ثمة فرقا فى النوع بين الوضعين فالشخص المعنوى لا يتكامل وجوده فى الميدان القانونى الا مع وجود عضوه ولا سبيل له الى التعبير عن ارادته الا بواسطة ذلك العضو ، فالعضو اذن بالنسبة للشخص المعنوى عنصر جوهرى دائم اما الشخص الطبيعى فله وجوده المتكامل فى الميدان القانونى بصرف النظر عن وجود نائب له ، ذلك أن للشخص الطبيعى ارادة ذاتية اما بالفعل (أو فى الحال) واما بالقوة (أو فى المآل) وهذا الفرض الثانى يخص عديمى الاهلية كالمجنون والصبى غير المميز فهؤلاء مآلهم الى أن يستكملوا ارادتهم الذاتية اما ببلوغ السن المطلوبة واما بزوال عارض الاهلية ، وحتى اذا لم يزل عارض الأهلية (الذى من شأنه انعدامها لا مجرد نقصها) فان

ذلك لا ينفى استعداد الشخص الطبيعى نظريا لأن تكون له ارادة ذاتية، وهكذا يبين أن النيابة بالنسـبة للشخص الطبيعى أمر عرضى مؤقت بينما العضو بالنسبة للشخص المعنوى عنصر جوهرى دائم أو هـو بعبارة أخرى جزء من كيان الشخص المعنوى ذاته وليس كذلك النائب بالنسبة للاصيل (١) •

وأخيرا فان العضو بالمدلول اللغوى وبالمفهوم القانونى أيضا هو الجارحة المعبرة عن ارادة صاحبها ولهذا كانت الارادة التى يعبر عنها عضو الشخص المعنوى هى فى نظر القانون ارادة ذلك الشخص نفسه وتصرفات العضو لحساب الشخص المعنـوى هى تصرفات تتم بطريق الأصالة فاذا قلنا أن النائب عضو الأصيل تعين أن نسـلم بأن الارادة التى ينعقد بها التصرف الذى يتولاه النائب هى ارادة الأصـيل التى تعبر عنهـا جارحته المختصة بالتعبير عن الارادة وبذلك تنتفى فكرة النيابة أصلا ويكون التصرف حاصلا بطريق الأصالة (٢) •

لهذا كله لم تكن نظرية سافاتييه أجدر من غيرها بأن تعتبر شرحا وافيا لطبيعة النيابة فى التصرفات القانونية •

القسم الثالث : فى النظرية القائمة على اشتراك الارادتين :

٤٩ ــ يحتل أنصار هـذه النظرية مكانا وسطا بين النظريتين المتضادتين السابقتين ، تلك القائمة على ارادة الأصيل وتلك التى تبنى

---

(١) أشار سافاتييه الى شىء قريب من هذا الاعتراض فى شرحه لبعض أحكام النيابة لكنه لم ينتبه الى ما فى ذلك من نقض لنظريته فى طبيعة النيابة ــ أنظر المرجع السابق بند ٣٧٥ •

(٢) يلاحظ أن الأستاذ سافاتييه كان منطقيا مع نفسه حين اعتبر عضو الشخص المعنوى نائبا وخلط بذلك بين فكرة النيابة وفكرة العضو (هذا الخلط الذى هو أساس نظرية فى طبيعة النيابة) انظر ما يلى بند ٩٧ حاشية ١ •

على ارادة النـــائب بأشـــكالها المختلفة فقد لاحظوا أن النيابة ظاهرة تتناول أشخاصا ثلاثة : النائب والأصيل والغير المتعاقد مع النائب ورأوا أن تفسيرها على أســـاس ارادة النائب المتعاقد وحده لا يكون وافيا اذ لابد فى نفس الوقت من النظر الى ارادة الأصيل واعتداد بها بندر ماتسهم فى التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة •

وأول من قال بهذه النظرية الفقيه الألمانى متيس Mitteis فى كتاب له عن النيابة فى القانون الرومانى سنة ١٨٨٥ (١) • ثم تابعه فيها تارتوفارى فى ايطاليا (٢) ومؤدى نظرية متيس هذه أن التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة ليس وليد ارادة الأصيل وحده ولا وليد ارادة النائب وحده وانما هو نتاج تعاون هاتين الارادتين اللتين تشتركان فى التصرف القانونى وتولدانه معا وعليه فيتعين النظر الى ارادة الأصـــيل والى ارادة النائب لمعرفة نصيب كل منهما فى التصرف القانونى فيعتد بارادة النائب فى حدود ما باشره بنفسه ويعتد بارادة الأصيل فى حدود التعليمات الصادرة منه لنائبه •

ولتوضـــيح كيفية تطبيق نظريته يقرر متيس أن جميع حـــالات النيابة تدخل فى واحد من الأقسام الثلاثة الآتية :

١ ــ حالات يعطى فيهـــا الأصـــيل للنائب وكالة محددة ومقيدة بشروط ما على النائب الا اتباعها وهذه الحالات أدخل فى باب الرسالة•

٢ ــ حالات يعهد فيها الأصيل الى النائب باجراء تصرف قانونى يترك للنائب تحديد مضمونه بلا تقييد ولا تحديد .

---

(١) Mitteis, Ludwig : « Die Lehre von der Stellvertretung nach römischen Recht », Wien, 1885.

وانظر عرض النظرية فى كوربسكو ص٣٧ وما بعدها وديموج ص ٢٤١ بند ١٤٩ وباكيولى ص ٢٩٩ وراست ص ١٠٢ •

(٢) Tartufari, Luigi : Della rappresentanza nella conclusione dei contratti, « Archivio Giuridico », vol. 43, 1889.

٣ ـ حالات يحدد فيها الأصيل للنائب بعض عناصر التصرف القانونى ويترك له تحديد بعضها فتكون لكل من الأصيل والنائب ارادة معينة وانما جزئية .

ففى الحالات الداخلة فى القسم الأول يجب الاعتداد بارادة الأصيل فقط اذ تكون هى المنشئة للتصرف القانونى ، وفى الحالات الداخلة فى القسم الثانى يعتد بارادة النائب وحده أما حالات القسم الثالث حيث تشترك ارادتا النائب والأصيل فى التصرف القانونى بنسب متفاوتة فيعتد فيها بارادة الأصيل أو بارادة النائب فى النطاق الذى تكون كل منهما مؤثرة فيه ، هذا مع ملاحظة أن احدى الارادتين المشتركتين تكون الغالبة فى التصرف القانونى وقد تكون هى ارادة النائب أو ارادة الأصيل حسب الأحوال .

وهنا يقيم متيس تفرقة دقيقة اذ يقول ان توزيع الارادة بين الأصيل والنائب قد يكون منصبا على شروط العقد المختلفة (١) وقد يكون منصبا على اتمام العقد أصلا أو عدم اتمامه (٢) فمثال النوع الأول أن يحدد الأصيل الشىء المراد شراؤه تاركا تحديد الثمن للنائب وفى هذا النوع ينظر الى ارادة الأصيل فيما يختص بالشىء محل العقد ـ فى مثالنا المتقدم ـ والى ارادة النائب فيما يختص بالثمن واذن فيصح فى مثل هذه الحالة للأصيل رفع دعوى العيب الخفى حتى لو كان النائب عالما بعيوب الشىء . أما النوع الثانى فمثاله أن يحدد الأصيل الشىء المراد شراؤه وثمنه وسائر شروط العقد تاركا مع ذلك للنائب تقدير مناسبة اجراء التصرف أى اتخاذ القرار النهائى فى اتمام العقد

---

(١) ويسمى هذا النوع توزيعا منبسطا extensive للارادة .

(٢) ويسمى هذا النوع توزيعا مركزا intensive للارادة ـ أنظر باكيونى ص ٣٠٠ .

أو عدم اتمامه وفى هذا النوع ينظر الى ارادة الأصيل والى ارادة النائب فى نطاق تأثير كل منهما فى العقد •

٥٠ — هذه هى النظرية التى نالت لتوسطها بين الطرفين موافقة طائفة من الفقهاء فى فرنسا (١) وفى مصر أيضا (٢) كما أنها اجتذبت فى ايطاليا — وطن أحد مبتدعيها — مزيداً من الأنصار (٣) الا أننا نعتقد أن هذه النظرية فى توسطها بين النظريتين المتضادتين نظرية ارادة النائب ونظرية ارادة الأصيل ينالها من النقد ما ينال هاتين النظريتين بوجه أو بآخر فهى فيما تقرره من أن التصرف القانوني ينعقد جزئيا بارادة الأصيل يرد عليها ما يرد على مذهب سافنى من قصور عن شمول كافة

---

(١) كوربسكو : رسالة من باريس سنة ١٩١٢ — ديموج ص ٢٤٢ بند ١٥٠ — رواست ص ١٠٨ — فيفوريانو ص ٤٧٢ — فالك — بيروتان ص ٣٨ — بولانجيه : مقدمة لرسالة كلاريز ص ٧ — ٨ ، اسمان فى موسوعة بلا نيول وريبير طبعة ١٩٥٢ جـ ٦ بند ٥٧ ، سافاتييه فى مقال منشور فى « دالوز الاسبوعى » ١٩٥٩ ص ٤٧ وما بعدها بند ٢٢ ؛ مارتى ورينو : القانون المدنى جـ ٢ المجلد الاول — باريس ١٩٦٢ بند ٩٠ والحاشية ٢ •

(٢) السنهورى : الوسيط جـ١ بند ٨٣ ص ١٩١ وبند ٨٥ ص ١٩٣ (وان يكن العلامة السنهورى قد انتهى فى الجزء السابع من « الوسيط » الى الأخذ بنظرية ارادة النائب — انظر الوسيط جـ ٧ ، المجلد الأول ، بند ٣٠٠ ص ٥٧٨ و ٥٨١) وحلمى بهجت بدوى بند ٥٠ ص ٨٧ « ان العقد الذى يعقده النائب انما يشترك فيه ارادة النائب والغير المتعاقد معه والاصيل..وارادة النائب تتفاوت فى الأثر بتفاوت الحرية التى تركه له فى العقد والتطبيق الدقيق لقواعد التراضى يؤدى بنا الى الرجوع الى ارادة النائب فى كل ما كان له الحرية فى تصريفه والى ارادة الاصيل فى كل ما فرض على النائب » وحشمت أبو ستيت بند١٢٤—كما اختار هذه النظرية كذلك شفيق شحاته فى ختام بحثه عن « فكرة النيابة فى القانون الرومانى » مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٥ بالفرنسية ص ١٧٢ وحاشية ١ — وأنور سلطان فى « النظرية العامة للالتزام » جـ ١ بند ٥٨ ص ٦٩ •

(٣) ساجيزى « النيابة » نابولى سنة ١٩٣٣ — جرازيانى فى حوليات كلية الحقوق بجامعة بيروجيا المجلد ٣٧ سنة ١٩٢٥ — بولياتى فى حوليات معهد الحقوق بجامعة مسينا المجلد الأول سنة ١٩٢٧ •

أنواع النيابة بل هى تقتصر على النيابة الاتفاقية (١) ثم هى اذ تقرر أن العقد ينعقد جزئيا بارادة النائب تكتفى بهذا التقرير ولا نبحث فيما وراءه عن كيفية رجوع آثار ارادة النائب الى الأصيل ومن هنا يتوجه اليها النقد الذى يتوجه الى مذهب ايرنج فى صورته الأولى •

٥٠ مكرر — ولعل أول نقد يوجه الى نظرية اشتراك الارادتين أنها لا تكفى بذاتها شرحا لطبيعة النيابة فى كافة صـــورها من قانونية واتفاقية فالنيابة القانونية خارجة أصلا عن نطاق هذه النظرية وحتى بالنسبة للنيابة الاتفــاقية نجد أن نظرية اشتراك الارادتين تقصر عن شمول جميع تطبيقـــاتها اذ هى لا تتعرض الا للحالات التى يتبع فيها النائب الاتفاقى تعليمات الأصـــيل بالنسبة لبعض عناصر العقد المبرم بطريق النيابة •

أما اذا لم تكن ثمة تعليمات من الأصيل الى نائبه الاتفاقى فاجماع القوانين الوضعية على اختلاف النظم القانونية التى تنتمى اليها هو أن العبرة بارادة النائب وحـــده ، واذن فلا جـــدوى من نظرية اشتراك الارادتين فى تفسير طبيعة النيابة الا بالنسبة لحالات معينة هى استثناء من الأصل العام •

وليس أدل على ذلك من أن القانون المدنى الايطـــالى والقانون المدنى الســـودانى الملغى — وهما التقنينـــان الوحيدان اللذان تأثرا بنظرية اشتراك الارادتين — ينصـــان على أن العبرة فى قابلية العقـــد

---

(١) اعترف كارتوفارى عند اعتناقه هذه النظرية بهذا القصور فقال ان اشتراك الارادتين وتعاونهما أوضح فى حالة النيابة الاتفاقية أما فى النيابة القانونية والقضائية فان القانون يحل محل ارادة الأصيل • أنظر روامست ص ١٠٢ ـ ١٠٣ وديموج ص ٢٤٢ • ويصح هنا أن نقول ما سبق أن ألمنا اليه (بند ٤١ حاشية٢) من أنه فى الفرض الذى تعتبر فيه الادارة التعاقدية ارادة الأصيل لا تكون هناك نيابة حقيقية أصلا وتعتبر العقد فى ذلك الخصوص صادرا من الاصيل مباشرة والنائب مجرد رسول واذن فيتحتم استبعاد فكرة النيابة الحقيقية فى كل هذه الصور •

للابطال بسبب عيب الرضا هي بارادة النائب كما ينصان على الرجوع الى شخص النائب بالنسبة للظروف الخاصة المتعلقة بالارادة (المادتان ١٣٩٠ و ١٣٩١ مدنى ايطالى والمادة ٨٩ مدنى سودانى) وبعد تقرير هذه القاعدة التى لا تسعفنا بشأنها نظرية اشتراك الارادتين يجىء القانون المدنى الايطالى والقانون المدنى السودانى الملغى باستثناء من القاعدة يبدأ النص عليه بعبارة « ومع ذلك » ومؤدى هذا الاستثناء الرجوع الى شخص الأصيل بالنسبة لعيوب الرضا وللظروف الخاصة المتعلقة بالارادة وذلك بالقدر الذى أسهمت به ارادته فى العقد المبرم بطريق النيابة •

لذلك فالقول بأن القانون الايطالى أو القانون السودانى الملغى يأخذ بنظرية اشتراك الارادتين ينبغى فهمه فى حدود ما تقدم اذ ليس معنى ذلك القول أن تلك النظرية تكفى لشرح كافة تطبيقات النيابة فى هذين القانونين بل الواقع أن الأغلب الأعم من تلك التطبيقات تأخذ فيه هذان القانونان بنظرية ارادة النائب ويقتصر تأثرهما بنظرية اشتراك الارادتين على نطاق محدود فى دائرة النيابة الاتفاقية هو نطاق التصرفات التى يجريها النائب الاتفاقى متبعا بشأن بعض عناصرها تعليمات الأصيل •

٥١ ـ ولقد عيب على هذه النظرية ـ بحق ـ من جهة أخرى أنها فى توزيعها الارادة التى ينعقد بها التصرف القانونى بين النائب والأصيل وفى التحليل الذى تستتبعه لمعرفة نطاق تأثير كل من الارادتين وتحديد الارادة الغالبة فى كل حالة من الحالات تدخل بنا فى تقسيمات لا حصر لها تضفى على النظرية غير قليل من التعقيد (١) ثم انها للسبب عينه تنظر الى النيابة فى عناصرها الداخلية من وكالة عامة أو خاصة

---

(١) أنظر فيلوورياتو ص ٤٧١ •

أو اجارة أعمال الخ .. وتعتد اعتدادا كبير بالعلاقة المنشئة للنيابة بين النائب والأصيل بينما يتعين الاحتفاظ لهذا النظام بذاتيته حتى يكون للنيابة كيان عام موحد مهما كانت العلاقة الداخلية المنشئة لها فيما بين النائب والأصيل ولتحقيق هذه الغاية يتعين صرف النظر عن العلاقة المنشئة للنيابة عند محاولة وضع نظرية عامة لها (١) هذا الى أن نظرية اشتراك الارادتين تجعل الأصيل فى وضع ممتاز بالنسبة للغير اذ تعفيه من نتائج سوء نية نائبه كلما كانت الوكالة خاصة محددة مقتضاها فى هذه الحالة عدم الاحتجاج على الأصيل بعلم النائب لعيوب المبيع الخفية أو بمصدره غير المشروع (٢) وهو حل لا يتفق واعتبارات العدالة وحسن الآداب ولا يتمشى واستقرار المعاملات أو الحماية الواجبة للغير حسنى النية (٣) .

٥٢ ـ هذا ويبدو لنا أن اشتراك ارادتى الأصيل والنائب فى اجراء العقد أو التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة لا يكون من السهل تصوره اذا ذكرنا أنه فى جميع حالات النيابة لا يقع اعلان ارادة أو اجارة أعمال الخ .. وتعتد اعتدادا كبيرا بالعلاقة المنشئة للنيابة بين الأصيل واعلان ارادة النائب فى وقت واحد وانما يكون اعلان ارادة

---

(١) انظر فيفانتى ص ٤٢٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٢٩ حاشية بند ٢٥٧ .

(٣) لهذا لم يتردد جانب من الفقه الايطالى ـ برغم اطلاق نص المادة ١٣٩٠ من القانون المدنى الايطالى ـ فى القول بأن شرط الاعتداد بارادة الأصيل فيما حدده لنائبه من عناصر التصرف هو عدم الاضرار بالغير حسن النية . انظر جوزيبى ميرابيللى : التعليق على القانون المدنى ، الكتاب الرابع ، المجلد الثانى ، تورينو ١٩٦١ ، ص ٢٨٥ وما بعدها حيث يقول المؤلف (ص ٢٨) « .. أما اذا لم يكن واضحا الجزء من مضمون التصرف الذى حدده الاصيل مقدما والجزء الذى انفرد النائب بتحديده وكانت ارادة هذا الاخير خالية فى مجموعها من العيوب فيبدو أنه لا يجوز التمسك بما يكون قد شاب ارادة الأصيل من عيب فيما يتعلق بعناصر يتضح من بعد أنها كانت محددة مقدما بمعرفة الأصيل ، هذا ولم تعرض هذه المسألة بعد فى العمل ولكن الحل الذى تقول به هو الوحيد المتفق ومعطيات نظام النيابة »

Mirabelli, Commentario del codici civile, Libro IV, Tomo secondo, Torino 1961, p. 286.

الأصيل اما سابقا على اعلان ارادة النائب (كما فى الوكالة) أو لاحقا عليه (كما فى الفضالة) ولكنه لا يكون قط معاصرا له — والا انتفت فكرة النيابة وأصبح الأمر مجرد معاونة أو مساعدة من شخص لآخر فى اجراء العقد — وعليه ففى اللحظة التى ينعقد فيها العقد الذى يتم مع الغير بطريق النيابة لا تكون لدينا الا ارادة النائب وحدها وهى التى يقوم عليها — بتوافقها مع ارادة الغير — كيان العقد .

٥٣ — ثم أن القول باشتراك الارادتين مؤداه اعتبار النائب مجرد رسول بالنسبة لما هو من نصيب ارادة الأصيل فى التصرف (١) وعلى هذا الوجه يكون النائب نائبا فى حدود ما كانت ارادته مؤثرة فيه ومجرد رسول فى خارج هذه الحدود من ذات التصرف . وهو وضع لا يقتصر شذوذه على الناحية المنطقية البحتة بل يتعداها الى نواح عملية هامة منها تكييف العقد الذى يجريه النائب مع الغير من حيث اعتبـاره بين حاضرين أو بين غائبين فهل يعتبر تعاقد النـائب مع الغير بين حاضرين فى النطاق الذى كانت ارادته مؤثرة فيه وبين غائبين فى النطـاق الذى يعتبر فيه مجرد رسول ؟ وما المكان والزمان الذى يعتبر مثل هذا التعاقد قد تم فيهما (م ٩٧) ؟ لا شك أن الحرج الذى توقعنا فيه نظرية اشتراك الارادتين فى هذا الصدد واضح .

٥٤ — وأخيرا انتقد هذا المذهب من الناحية النظرية البحتة اذ قيل ان الارادة المنشئة للتصرف القانونى هى بمقتضى هذه النظرية ارادة صناعية ملفقة من أجزاء من ارادتين مختلفتين متميزتين هما ارادة النائب وارادة الأصيل ، ومثل هذه الارادة المصطنعة المركبة على هذا الوجه لا يمكن أن تكون ارادة تعاقدية لأن الارادة التى يبنى عليها القانون

---

(١) السنهورى : الوسيط ج ١ بند ٨٣ ص ١٩١ وحاشية ١ وقد أقر الأستاذ الكبير هذا الوضع ولم ينبه الى ما ينطوى عليه من شذوذ أشرنا اليه فى المتن ، ولكن يكن الرأى الأخير للعلامة السنهورى هو ما جاء بالجزء السابع من « الوسيط » المجلد الاول بند ٣٠٠ ص ٥٧٨ — ٥٨١ حيث يأخذ بنظرية ارادة النائب .

آثارا قانونية انما هي ذلك النشاط النفسي الموحد الصادر عن الشخص بقصد احداث أثر قانوني معين ، ولا كذلك تلك « الارادة » الملفقة من أشتات ارادتي النائب والأصيل كما هو مقتضى نظرية اشتراك الارادتين (١)

وهو انتقاد حق (٢) اذا أضيف الى ما تقدم كان ذلك كافيا التردد في قبول نظرية اشتراك الارادتين بدورها تفسيرا لطبيعة النيابة في التصرفات القانونية •

٥٥ — هذا وأن نظرية اشتراك الارادتين لا تتفق وأحكام القانون الوضعي في مصر وفي البلاد العربية التي استمدت قوانينها المدنية من القانون المدني المصري ، ذلك أن مقتضى هذه النظرية الاعتداد بارادة الأصيل — فيما كانت مؤثرة فيه — عند النظر في سلامة الارادة وفي العلم ببعض الظروف الخاصة ، فلو أخذنا مثال البيع وكان المشترى وكيلا صدرت له من موكله تعليمات معينة خاصة بالشيء المراد شراؤه وكان الموكل يجهل عيوبا في الشيء يعلمها الوكيل فان حكم القانون في مثل هذه الحالة صحة العقد ويمتنع على الموكل رفع دعوى العيب

---

(١) أنظر في هذا المعنى باكيولي ص ٣٠٣ •

(٢) مما يلاحظ أن أحد الآخذين بهذه النظرية يلمس من قريب في عرضه لها موضع هذا الانتقاد اذ يقرر أنه في كثير من الحالات تكون هناك تجزئة للارادة التعاقدية un fractionnement de la volonté de contracter وتقسيم للارادة partage de volonté بين النائب والأصيل لكنه مع ذلك لا يبين كيف يمكن عقلا أن تقع تلك التجزئة في الارادة وذلك التقسيم لها وكأنهما امر طبيعي
Falque-Pierrotin : « Le mandat, ses éléments constitutifs », Thèse, Paris, 1933, p. 38.

وأنظر ما جاء عرضا عن انقسام الارادة في بحث Patrick Devlin عن مسئوليتي الأصيل والنائب في حالة التدليس المنشور في The Law Quarterly Revie w مجلد ٥٣ (سنة ١٩٣٧) ص ٣٦٣

« There is no possible way known to philosophy or psychology by which an intent can be divided ; and no possible reason why the law should try to invent one. If you cannot find an intent in either the principal or the agent separately, you will not produce it by knocking their heads together ».

الخفي بعكس ما تقتضيه هذه النظرية وفى هذا الخصوص تنص المادة ١٠٤ من قانوننـــا المدنى (١) على أنه اذا تم العقد بطرق النيـــابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما وتضيف الفقرة الثانية من هذه المـــادة ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمســـك بجهـــل النائب لظروف كان يعلمهـــا هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها •

وهذه الفقرة لا تتضمن تطبيقا لنظرية التعاون اذ أنها قاصرة على صورة واحدة هى صورة علم الأصيل لظروف معينة يجهلها النـــائب والغاية من هذه الفقرة قطع السبيل على اساءة استعمال النيابة بحيث يمتنع على الأصيل سيء النية الاحتماء وراء حسن نية نائبه والتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ــ ولولا الاستثناء الذى تضمنته هذه الفقرة لأمكن أن ينعقد بواسطة نائب حسن النية عقد ما كان يقع صحيحا لو عقده الأصيل وهو تحايل لا يمكن أن يجيزه القانون (٢) •

---

(١) وتقابلها المادة ١٠٥ من القانون المدنى السورى والمادة ١٠٤ من القانون المدنى الليبى والمادة ٨٩ من القانون المدنى السودانى (أنظر ما يلى بند ٥٦ وكذلك البندين ٢٧ و ٣٣) والمادة ٧٤ من القانون المدنى الجزائرى والمادة ١١١ من القانون المـــدنى الاردنى والمـــادة ١٦٦ من القانون المدنى الالمانى والمـــادة ٣١ فقرة ٢ و ٣ من المشروع الفرنسى الايطالى وتضرب المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى (جـ ٢ ص ٥٢ من النسخة الفرنسية ومجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩١ ــ ٩٢) مثالا آخر هو البيع الذى يتم بين مدين معسر وبين وكيل المشترى المتواطيء معه بينما يكون موكله حسن النية غير عالم بحالة البائع وتقول المذكرة ان هذا العقد يكون قابلا للطعن بالدعوى البوليصية وهو خلاف ما تقتضيه نظرية اشـــتراك الارادتين أو التعاون اذا فرضنا أن الشراء كان بناء على تعليمات صادرة من الاصيل •

(٢) أقر العلامة السنهورى هذا النظر فى الوسيط جـ ٧ المجلد الاول حاشـــية ص ٥٧٩ ورأيه وهو واضع مشروع القانون المدنى المصرى ــ قاطع لكل خلاف حول مدى تطبيق حكم المادة ١٠٤ وحول دلالتها على النظرية التى يعتنقها القـــانون المصرى فى طبيعة النيابة •

٥٦ ــ ويدل على صحة ما نذهب اليه من أن هذا النص فى قانوننا المدنى لا يعتبر اعتناقا لنظرية تعاون الارادتين مقارنة ذلك النص بنص المادة ٢/٨٩ من القانون المدنى السودانى الملغى ونص المادة ١٣٩١ من القانون المدنى الايطالى اللذين يعتمدان تلك النظرية فالنص السودانى كان يقرر أنه « ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات صدرت له من موكله كان محل الاعتبار .. هو شخص كل من الأصيل والنائب وذلك بالقدر الذى أسهمت به ارادة كل منهما فى ابرام العقد » كما يقرر النص الايطالى أنه :

« فى الحالات التى يعتد فيها بحسن النية أو سوء النية وبالعلم أو الجهل بظروف معينة ، يرجع الى شخص النائب فيما عدا ما يتصل بالعناصر التى حددها الأصيل مقدما » .

فهذان النصان يطلقان قاعدة الرجوع الى شخص الأصيل فى كل ما يتصل بعناصر التصرف التى يحددها لنائبه مقدما أما النص المقابل من القانون المصرى والقوانين العربية الأخرى المستمدة منه (انظر الحاشية ١ فى البند السابق) فلا يجعل الاعتداد بارادة الأصيل قاعدة عامة فى كل ما يخص العناصر التى حددها لنائبه وانما يتمحض ذلك النص للحالة الوحيدة التى يكون فيها الأصيل عالما بظروف معينة يجهلها النائب ولا يتسع للحالة العكسية التى يكون فيها الأصيل جاهلا لظروف يعلمها النائب واذن فليس فى نص المادة ١٠٤ فقرة ثانية تطبيق لنظرية تعاون الارادتين بل أن كل ما يرمى اليه هذا النص هو الاحتياط لعدم اساءة استعمال النيابة والتوسل بها الى ابرام تصرف لم يكن ليصح لو قام به صاحب الشأن بطريق الاصالة (١) .

(١) « غير أن هذا المبدأ (وهو أن العبرة لعلم النائب وجهله دون الأصيل) قد يؤول باطلاقه الى حالات تنافى منطق المسئولية ويفسح المجال للاصيل أن يستغل هذا المبدأ بسوء نية للتهرب » « من مسئوليات يجب أن يخضع لها . فقد يكون الأصيل على علم ببعض الظروف التى للعلم بها » « تأثير فى نتائج التصرف فيلجأ الى انابة شخص فى هذا التصرف جاهل بتلك الظروف ويرسم له » « تعليمات معينة ليتصرف وفقا لها كما لو كان =

وهذا التحديد لنطاق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ يتمشى وما نجده مقررا بشأن أصلها التشريعى وهو الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المدنى الألمانى فشراح تلك الفقرة يرون أنه متى كان حسن النية غير متوفر فى النائب لعلمه أولوجوب علمه حتما ببعض الظروف المعينة فان الآثار التى يرتبها القانون على حسن النية لا تتولد حتى بفرض توفر حسن النية فى الأصيل وبصرف النظر عن اعطائه أو عدم اعطائه تعليمات محددة لنائبه (١) ، واذن فهذه الفقرة تقتصر على صورة علم الأصيل بظرف يجهله النائب وتضيق عن استيعاب صورة جهل الأصيل لظرف كان نائبه على علم به ولا يغير من ذلك أن يكون النائب وكيلا يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله .

هذا ولا نعدم فى الفقه الألمانى رأيا انبنى على اساءة فهم مدى المادة ١٦٦/٢ وهو رأى الفقيه ديرنبرج Dernburg الذى استنتج من ذلك النص أن القانون المدنى الألمانى لم يأخذ بنظرية ارادة النائب وانما اعتمد نظرية وسطا ، غير أن هذاالرأى مرجوح فى الفقه الألمانى الذى لا يرى سائر شراحه فى المادة ١٦٦/٢ خروجا على نظرية ارادة النائب وانما مجرد تطبيق لمبدأ حسن النية الذى ينبغى أن يسود المعاملات (٢) ويبدو أن مثل هذا الرأى المرجوح قد تطرق الى الفقه

= فى مثالنا السابق أن الاصيل عالم باعسار المدين ومتواطىء معه فوكل وكيلا بشراء اموال هذا المدين بثمن بخس والوكيل لا يعلم من الامر شيئا ففى مثل هذه الحال احتاط القانون فنص على أن الوكيل اذا كان يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل وكيله لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أنه يعلمها (م ١٠٥) فعلم الموكل هنا معتبر ومؤثر لو كان الوكيل حسن النية جاهلا بتلك الظروف المؤثرة فى التصرف » .

(مصطفى الزرقا ـ « محاضرات فى القانون المدنى السورى » من منشورات معهد الدراسات العربية العالية ـ القاهرة ١٩٥٤ ـ بند ٧٨ ص ٧٣ ـ ٧٤) .

وانظر بنفس المعنى : السيد على المغازى « الوجيز فى نظرية الالتزام » الاسكندرية ١٩٥٥ ص ١٢٤ ـ ١٢٥ .

(١) « سالى » فى الترجمة الرسمية للقانون المدنى الألمانى جـ١ ص ٢٠٩ .

(٢) بويسكو ـ رامنسيانو ص ٣٩٠ ـ ٣٩١ والمراجع الألمانية المذكورة فيه .

المصرى نتيجة تفسير المادة ٢/١٠٤ على وجه لا يتحمله نصها ولا تبرره حكمتها ولا ينهض له سندا أصلها التشريعى (١) ٠

---

(١) وعلى أساس ما تقدم فى المتن نعتقد أنه لا يصح على اطلاقه ما جاء فى كتاب الأستاذ العميد أنور سلطان « النظرية العامة للالتزام » الاسكندرية ١٩٥٥ (جـ ١ ص ٥١/٥٢) من قوله : « واذا كانت ارادة الأصيل قد اشتركت مع ارادة النائب فى ابرام التصرف القانونى كما لو كان النائب يتبع تعليمات الأصيل فى بعض أمور العقد ٠ فانه يجب الرجوع كذلك الى ارادة الاصيل لتقدير سلامتها من العيب فى حدود هذه التعليمات ٠٠ كذلك يجب الاعتداد بنية الأصيل فى حدود التعليمات التى أصـــدرها للنائب ٠٠ وعلى هذا الحكم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ » ـ فالواقع أن الفقرة الثانية من المادة١٠٤ لاشأن لها بعيوب الارادة وانما تقتصر على النية (أنظر آنفا بند٣١) كما أن الاعتداد بنية الاصيل ليس واجبا فى جميع الحالات التى يتصرف فيها النائب وفقا لتعليمات الأصيل وانما فقط فى حالة علم الأصيل بظروف كان النائب يجهلها وفى القول بغير ذلك تقييد لاطلاق حكم الفقرة الاولى من المادة ١٠٤ بغير مقيد. ومما لايخلو من الدلالة أن المثال الوحيد الذى يضربه الاستاذ فى الموضع المذكور من مؤلفه المشار اليه هو مثال الأصيل الذى يعلم باعسار البائع ويصدر لنائبه الذى يجهل ذلك الظرف تعليمات بشراء عين مملوكة لذلك المدين المعسر ٠ واذا كان هذا الرأى فى تفسير المادة ١٠٤ هو مبنى ما جاء بالمرجع المذكور (ص٦٩) من القول بأن التقنين المدنى المصرى قد أخذ بنظرية اشتراك الارادتين كان فى ذلك القول نظر ٠

ومن الرأى نفسه فى مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى فى مؤلفه « النظرية العامة للالتزام » القاهرة ١٩٥٤ جـ٢ ص ٢٣٨/٢٣٩ ويرد على رأيه نفس الاعتراض المتقدم ويلاحظ أن المثالين اللذين يضربهما المؤلف يخصان حالتين يكون الأصيل فيهما عالما بظروف يجهلها النـائب ويعقب المؤلف بقوله « ٠٠ لا يجوز للأصيل سىء النية أن يستفيد من جهل أو من حسن نية النائب فكما أن القانون لم يعف الأصيل من تحمل آثار سوء نية النائب فبأن يحمله آثار سوء نيته هو كان أولى ثم لايجوز البته أن يتخذ الأصيل من النيابة درعا يدرأ به عن نفسه سوء نية نفسه » ٠ ومتى كانت هذه هى علة الحكم الذى أوردته الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ فان هذه العلة تقتضى تقدير حكم النص بقدرها واذن فهى لا تصلح سندا لاطلاق قول المؤلف (ص ٢٣٨) ان « مقتضى الفقرة الثانية أن يعتد ـ عند النظر فى الأمور السابقة ـ بارادة الأصيل وذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله » ويكفى للتدليل على صحة اعتراضنا أن نتصور حالة وكيل يتصرف بناء على تعليمات الموكل ويكون هذا الأخير جاهلا اعسار البائع بينما يعلم الوكيل بهذا الظرف فهنا لا يعتد البتة بشخص الموكل فان القانون المصرى « لم يعف الاصيل من تحمل آثار سوء نية النائب » ٠

وأنظر أحمد حشمت أبو ستيت « نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد » جـ١ القاهرة سنة ١٩٥٤ بند ١٢٧ ص ١٢٠ حيث يقر المؤلف أن الراجح الذى يؤدى اليه النص ويأخذ به واضع مشروع القانون هو اقتصار الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ على =

والخلاصة أن هذا النص فى قانوننا المدنى يبعد به عن أن يكون تكريسا من المشرع لنظرية اشتراك الارادتين أمران :

أولا ــ أن مجال الفقرة الثانية من المــادة ١٠٤ هــو الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة ولا شأن لها بعيــوب بالارادة التى يحكمها اطــلاق المبدأ الــذى أوردته الفقرة الأولى على ما أوضــحنا فيمــا تقدم (بند ٣١) •

والثانى أنه حتى فى هذا المجال المحدود يقتصر حكم هذا النص على صورة واحدة هى صورة علم الأصيل بظروف كان يجهلها النائب واذن فمقصود هذا النص مجرد منع الأصــيل سىء النية من التستر بحسن نية نائبه ولا دلالة له على اشتراك ارادة الأصــــيل مع ارادة النائب فى ابرام التصرف •

= الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة دون عيوب الارادة غير أن المؤلف يستحسن اطلاق حكم هذه الفقرة على عيوب الارادة كذلك •

وهنا نرى أن أحد أنصار نظرية اشتراك الارادتين فى الفقه المصرى يبنى اختياره لا على استقراء الأحكام الوضعية للنيابة وانما على مطلق الاستحسان مما يخرج بنا من مجال العلم الى مجال الفلسفة اذ أن هذا الرأى لايتعلق بما هو كائن وانما يتعلق بما ينبغى ــ فى نظر الباحث ــ أن يكون ، بينما أن « علم القانون يقتصر بطبيعته على شرح نظام قائم بغير مناقشة أسسه ، والفقيــه يلزمه منطقــا بل ضرورة أن ينظر فيما هو كائن ويقصر جهده على فهم القواعد الوضــعية وتفسيرها على الوجه الصحيح بغير بحث منه فيما اذا كان فى الامكان أن توجد قواعد أفضل منها ، أما فلسفة القانون فتبحث فيما يجب أن يكون عليه القانون بالمقابلة لمــا هو كائن فيه فعلا فهى بذلك تعــارض الواقع العملى بالحقيقة المثالية » ديلفيكو « فلسفة القانون » باريس سنة ١٩٥٣ ص ١٦ •

وقد ذهب المذهب عينه الأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة (محاضرات فى القانون المدنى ــ نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية من منشورات معهد الدراســـات العربية العالية ــ القاهرة ١٩٥٨ ــ ص ١٤٢) فهو مع تسليمه بأن نص المادة ٢/١٠٤ قاصر على حالة علم الأصيل بظروف يجهلها النائب يرى سحب حكم ذلك النص على عيوب الارادة متأثرا فى ذلك بنظرية اشتراك الارادتين ومستبقا الاعتقاد بأن القانون المدنى المصرى قد صدر عن تلك النظرية . وهو اعتقاد لا نرى فى النصوص ما يبرره خاصة اذا ذكرنا أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ لم تكن فى المشروع الاصلى انما أضيفت فى لجنة المراجعة لحكمة معينة ينطق بها النص وهى منع الاصيل سىء النية من الاحتماء بحسن نية نائبه.

٥٧ ــ ومما يؤيد القول بأن ارادة الأصيل لا تتغلغل الى التصرف الذى يبرمه النائب حتى فى الحالات التى يتصرف فيها النائب وفقا لتعليمات محددة ما جرى عليه القضاء بشأن تعليمات الأصيل التى يوجه بها النائب وجهة معينة من حيث بعض عناصر التصرف المناب فيه أو من حيث الغرض من الانابة فقد قضى مثلا بأن « الاتفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والمقيدة لسلطة الأخير لا يحتج بها على المستأجر الذى تعامل مع الوكيل بعد » « اطلاعه على عقد الوكالة الذى يمنح الوكيل سلطة عامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الايجار ومدة التأجير » (١) وكذلك قضى بأنه « متى تصرف الوكيل مع الغير فى حدود الوكالة الصادرة اليه نفذ تصرفه فى حق الموكل وان كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل » (٢) واذن فالقضاء لا يرتب فى أمثال هذه الصور أى أثر على التعليمات التى يصدرها الأصيل لنائبه ويعتبر تصرف النائب صحيحا ونافذا فى حق الأصيل طالما كان داخلا فى حدود الانابة بصرف النظر عن مخالفته لتعليمات الأصيل . ولما كانت حالة صدور تعليمات من الأصيل الى نائبه بشأن التصرف موضوع النيابة هى الحالة المثلى لنظرية اشتراك الارادتين فان الأحكام القضائية التى أهدرت تلك التعليمات تضيف الى حجج خصوم نظرية اشتراك الارادتين حجة جديدة اذ لو صح أن التصرف موضوع النيابة ينعقد باشتراك ارادة الأصيل مع ارادة النائب لوجب حتما الاعتداد بكل تعليمات الأصيل وتوجيهاته لنائبه ولترتب على ذلك القول بأن مثل ذلك التصرف لا ينعقد لعدم توافق الايجاب والقبول بينما أن الحاصل أن القضاء يعتبر التصرف منعقدا ونافذا فى حق

---

(١) استئناف مختلط ١٨/٤/١٩٣٩ ــ المحاماة ٢٠/٥٧٣/١٣٦٥ .

(٢) محكمة اسكندرية الابتدائية ٢١/٤/١٩٥٧ ــ المحاماة ٣٨/٥١٤/١١٣٥ .

الأصيل ولا يمكن اسناد ذلك التصرف فى مثل تلك الصــور الا الى ارادة النائب وحده (بتلاقيها مع ارادة الغير المتعاقد معه) دون ارادة الأصيل ويمتنع بذلك القول باشتراك الارادتين .

٥٨ — ومع كل ما تقدم لنا استعراضه من الانتقادات الصائبة لنظرية اشتراك الارادتين فانها اجتذبت اليها أنصارا من الفقهاء من بينهم ايطاليان حاولا — كل على انفراد — صــياغتها فى قالب جــديد تحاشيا لما نالها من النقد فى صورتها الأولى ، ومن حق استيفاء البحث أن نعرض فى ايجاز رأى هذين الفقيهين اللذين يتفقان فى أن تعــاون الارادتين حسب تصويرهما له ليس مجــاله تكوين الارادة التعاقدية التى يقوم عليهــا العقد أو التصرف الذى يتم بطريق النيابة وانمــا يتحقق هذا التعاون والاشتراك بصورة أخرى تختلف عند أحدهمــا عنها عند الآخر :

فأولهما جرازيانى (١) يقرر أن الارادة التى يقوم عليها كل عقد أو تصرف قانونى لهــا وجهتان : الأولى تهدف الى تحــديد مضمون التصرف وتحقيق آثاره والوجهة الثانية ترمى الى نسبة هــذه الآثار الى شخص معين أى الى تعيين الشخص الذى تعود عليه آثار التصرف، فالمشترى مثلا ارادته فى عقــد البيع لها وجهتــان الأولى تهدف الى تحديد المبيع والثمن وسائر شروط العقد والى نقل الملكية واستحقاق الثمن وسائر آثار العقد والوجهة الثانية تهدف الى نسبة هذه الآثار والأحكام الى شخصه فيكون هو المستفيد من العقد وتتحقق فى ذمته آثاره . ففى حالات النيابة يرى هذا الفقيه أنه مع التســليم بأن

(١) Graziani : Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Univ. di Perugia, vol. XXXVII, 1925 (Série V, vol. 1), pp. 40 et seq.

وأشار اليه مالفانيا فى مقاله عن طبيعة النيابة ص ٢٧٧ .

Malvagna, Simone : « Sulla natura giuridica della rappresentanza », Rivista di diritto civile, 1936, pp. 257-305.

الارادة التعاقدية التى يقوم عليها العقد الحاصل بطريق النيــابة هى ارادة النائب فان هذه الارادة تقتصر على الوجهة الأولى أى على تحديد مضــمون العقد وتحقيق آثاره ، أما الوجهة الأخــرى للارادة وهى الرامية الى تعيين الشخص الــذى ترجع اليه أحــكام العقد وآثاره فلا يمكن أن تكون الا ارادة الأصيل ، وعلى هذا الوجه يتحقق تعاون الارادتين من غير أن يكون لارادة الأصــيل دخل مباشر فى تحــديد مضمون العقد وآثاره وهى الوجهة التى تستقل بها ارادة النائب •

أما المحاولة الثانية لصياغة نظرية تعاون الارادتين فى ثوب جديد فقد قام بها بولياتى (١) الذى يقرر أن الارادة التى يقوم عليها العقد هى ارادة النائب ولكن النائب يعلن ارادته هذه مجردة عن المضمون المادى أى يعلن ارادة فى ذاتها يترتب عليها باعتبارها المظهر الخارجى للعمل الارادى الآثار التى يقررها القانون • أما المضمون المادى لهذا العمل الارادى فتحدده ارادة الأصـــيل واذن فتكون ارادة النائب باعتبارها عملا اراديا مجردا هى المنشئةللعقد بينما موضوع هذا العمل الارادى ومضمونه تحدده ارادة الأصيل •

وقد تبنى فكرة جرازيانى فقيه فرنسى هو جان كلاريز فى رسالة للدكتوراه من جامعة ليل سنة ١٩٤٩ (٢) اذ يذهب الى أن ارادة النائب تقوم بتحديد مضمون الالتزام contenu de l'obligation بينما تقوم ارادة الأصيل بايجاد الرابطة القانونية lien de droit بين ذلك الالتزام وبين ذمة الاصيل •

---

(١) Pugliatti : Annali dell-Istituto Giuridico dell'Univ. di Messina, vol. I, 1927, p. 184.

وانظر مالقانيا المقال الذى سبقت الاشارة اليه ص ٢٧٧ ــ ٢٧٨ •

(٢) Clarise, Jean : « De la représentation, son rôle dans la création des obligations », Lille, 1949, pp. 176-177 et 222.

هذا ولم يشر صاحب هذه الرسالة الى مؤلف جرازيانى ولعله وصل الى ذات الفكرة نتيجة بحث مستقل •

٥٩ ــ والحق أن هذين الرأيين على طرافتهما يشـوبهما عيب مشترك مبعثه أن تشريح الارادة التعاقدية على هذا الوجه ، وتقسيمها قسمين يعزى أحدهما للنائب والآخر للأصيل هو أمر بعيد عن الواقع ولا يستقيم مع حقيقة الارادة التى هى فى ذاتها حالة نفسـية معينة لا تحتمل التجزىء والانقسام الا على وجه مصطنع كالذى جـاء به هذان الفقيهـان وكنتيجة لذلك وصلت على يديهما نظرية تعـاون الارادتين ــ التى صدرت فى أول أمرها عن رغبة فى النظر الى موضوع النيابة نظرة عملية واقعية ــ الى درجة من التجريد أبعدتها عن حقائق الأشياء . ثم أن قول الأول (جرازيانى) أن النـائب يريد مضمون العقد الذى يتم بطريق النيابة والأصيل يريد نسبة هـذا العقد اليه لا يسنده المنطق لأن الذى تنصرف ارادته الى مضمون العقد لابد أن تنصرف أيضا الى توجيه آثاره فى وجهة معينة اما الى نفسه واما الى غيره ، اذ لا يتصور أن يريد الشخص أمرا معينا ومع ذلك لا يريده لا لنفسه ولا للغير فما العمل الارادى الا توجيه قـوى النفس الى تحقيق أمر خارجى عنها اما للشخص واما لغيره . فاذا كان مفهوما أنه فى حالة النيـابة تتجه ارادة النائب الى صرف آثار العقد الى غيره أى الأصيل فانه لا يتصور أن يريد النائب تحقيق آثار العقد فى ذاتها دون أن ينسبها الى نفسه أو الى غيره فان معنى ذلك أنه يريد أمرا لا لأحد وهو غير معقـول .

وكذلك فان راى بولياتى لا يثبت على التمحيص فان مؤداه ان العمل الارادى يمر بدورين ففى الدور الأول تتقرر الارادة المجردة وفى الثانى يتحدد موضوع الارادة او مضمونهـا المادى ، ولكن كيف نستطيع ان تتصـور ان الشخص « يريد » فقـط ارادة مجردة

لا موضوع لها (١) ثم أنه يريد شيئا معينا فيحدد موضـوع ارادته المجردة الأولى ؟ هذا ما يريد أن يقول به بولياتى ليصل الى تعـاون ارادتى الأصيل والنائب فينسب الى الأصيل الدور الثانى الخـاص بتحديد موضوع الارادة وينسب الى النائب الدور الأول اى الارادة المجردة — هذا مع ملاحظة أنه فى النيابة الاتفاقية يكون دور تحديد المضمون المادى الذى ينسبه الى الأصيل سابقا دائما لاعـلان ارادة النائب التى يريدها هذا الفقيه مجردة عن المضمون المادى فكيف اذن يستقيم فى الذهن أن نسلم بتحديد المضمون المادى لارادة لم تصـدر عن صاحبها بعد ؟ لا ريب أن هذا التحليل المصطنع للعمـل الارادى يوقعنا فى المتناقضات ويبعد بنا عن جادة الصواب . ثم أن مؤدى رأى بولياتى أن الأصيل ينفرد بتحديد مضمون العقد الذى يتم بطريق النيابة اذ يقتصر دور النائب على مجرد ابرام العقد بعمله الارادى المجـرد (كمن ينفخ الروح فى تمثال سواه غيره !) فما هى اذن قيمة هـذا التعاون والاشتراك ولماذا لا نعود اذن الى مذهب سافنى ؟

٦٠ — هذا وان المشروع التمهيدى الأول للقانون الموحد فى شأن النيابة الذى وضعه « المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص » فى سنة ١٩٥٥ كان قد تبنى نظرية اشتراك الارادتين وهـو ما ينطق به نص المادة ١٢ من ذلك المشروع .

ومع ذلك فان التقرير المرافق للمشروع والذى وضعه الأستاذ ادوار موريتز ميبرز من جامعة ليدن — وهو بمثابة مذكرة تفسـيرية للمشروع — يتضمن الاقرار بأن « الاجماع منعقد فى جميع البلاد على

---

(١) ونلاحظ هنا أن علماء النفس فى تحليلهم للعمل الارادى يجعلون تصور موضوع الارادة أول مراحل العمل الارادى — أنظر آنفا بند ١٦ . ولقد قيل بحق انه « لا يمكن لشخص أن يريد دون أن يريد شيئا معينا »

« On ne peut pas vouloir, sans vouloir quelque chose », Michoud, t. I, p. 104.

أنه فى تحذير عيوب الرضـا ينبغى ـ أساسا ـ الاعتداد بشـخه
النائب ، وأن النائب كذلك هو المرجع فى الحالات التى يكون فيهـ
العلم أو الجهل بوقائع معينة مؤثرا فى صحة العقد أو آثاره » •

ثم يستطرد التقرير الى أن ثمة حالات يتعين فيهـا القول بأ
ارادة الأصيل وكذا علمه أو جهله بوقائع معينة هما المؤثران فى العقد
ويسوق التقرير بهذا الصدد مثالين :

(أ) حالة الوكيل الذى يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة الي
من موكله • ويقول التقرير أن هذه الحالة مأخوذة عن المادة ١٦٦ م
القانون الألمانى والمادة ١٣٩٠ من القانون الايطالى •

(ب) حالة علم الأصيل أو جهله بوقائع معينة مؤثرة فى التعاقد

ومن أجل استيعاب هذه الأحوال اعتمد واضـعو المشروع نص
المادة ١٢ منه على وجه « يسمح بالاعتداد اما بشـخص النائب واه
بشخص الأصيل واما بشخصـيهما معـا تبعا للتـأثير الذى كان لكل
منهما أو لكليهما فى ابرام التصرف ، واذن فهـذهالقاعدة تجعـ
فى الامكان مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة » •

ولا يفوتنا بادىء ذى بدء أن نشير الى ما فى اسناد المثال الأو
الذى أورده التقرير الى القانون الألمانى (م ١٦٦) والقانون الايطالو
(م ١٣٩٠) من بعد عن الدقة • فان المادة ١٦٦/٢ من القانون الألمانو
تقتصر ـ كما سلف لنا البيان ـ على حالة واحدة هى حالة علم الأصيـ
بواقعة مؤثرة فى التعاقد كان يجهلها النائب ، ولا ينبسط هذا النص
على جميع الحالات التى يعمل فيها الوكيل طبقـا لتعليمات موكله
ونطاقه من هذه الوجهة مطابق لنطاق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مر
القانون المدنى المصرى • أما القانون الايطالى فهو وحده الذى يعتـ

بشخص الأصيل كلما اختص الأمر بعناصر كان قد حددها لنائبه مقدما (المادتان ١٣٩٠ و ١٣٩١) .

وعلى ذلك فالجمع بين القانون الألماني والقانون الايطالى كسند للقول بوجوب الاعتداد بشخص الأصيل كلما كان النائب يتصرف وفقا لتعليماته المحددة هو من قبيل التعميم الخاطىء اذ أن بين حكم القانون الألمانى (ومثله القانون المدنى المصرى والقوانين العربية الأخرى المستمدة منه فيما عدا القانون الألمانى السودانى الملغى) وبين حكم القانون الايطالى فى هذه المسألة بونا بعيدا .

وبصرف النظر عن هذا الانتقاد ـ على وجاهته ـ فان الحالات التى يسوقها التقرير لتبرير الأخذ بنظرية اشتراك الارادتين يبدو على ضوئها أن ذلك النص يجاوز قصد واضعيه فالحالات المذكورة تتكفل بمعظمها نصوص التشريعات التى لم تعتمد تلك النظرية لأن مرجع تلك الحالات هو الى مبدأ حسن النية اذ القصد هو منع الموكل سىء النية من الاحتماء بحسن نية وكيله على ما سلف شرحه وهذا القصد من الميسور بلوغه بغير الاستناد الى نظرية اشتراك الارادتين وهو ما فعله المشرع الألمانى والمشرعون : المصرى والسورى والليبى والجزائرى والأردنى وتبقى بعد ذلك دائرة ضيقة تشمل حالات تصرف الوكيل بناء على تعليمات من الموكل دون أن يصحب ذلك علم الموكل بظرف كان يجهله الوكيل فهنا يكون مقتضى نص المادة ١٢ من المشروع الموحد ـ كحكم القانون الايطالى والقانون السودانى الملغى ـ وجوب الاعتداد بشخص الأصيل دون شخص النائب كلما تعلق الأمر بما حدده لوكيله مقدما من عناصر التصرف .

فاذا ما ذكرنا أن القانون الايطالى كاد ينفرد بهذا الحكم وتذكرنا كذلك وجوه النقد الهامة التى تتعرض لها نظرية اشتراك الارادتين

والتى أسلفنا الاشارة اليها ، انتهينا الى أنه كان يستحسن ألا يأخذ المشروع التمهيدى الموحد بتلك النظرية على ذلك الاطلاق الذى يتم عنه نص المادة ١٢ والذى يبدو أنه يجاوز القصد الذى يسفر عنه التقرير التفسيرى خاصة وأن نظرية اشتراك الارادتين لا تتفق وأحكام قوانين معظم الدول التى يراد لها أن تتبنى هذا المشروع بل يكاد القانون الايطالى — كما قلنا — أن ينفرد باعتماد تلك النظرية ، ولعل لوجود غالبية من الفقهاء الايطاليين بين أعضاء اللجنة التى وضعت ذلك المشروع التمهيدى دخلا فى هذا الاتجاه الذى يتجلى فى المادة ١٢ منه .

ومهما يكن من أمر فان هـذا النص الذى كان يأخذ بنظرية اشتراك الارادتين قد حذف من المشروع المعدل الذى وضعته لجنة من مندوبى حكومات الدول الأعضاء فى المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص والذى صدر عن المعهد فى أكتوبر سنة ١٩٧١ (انظر نص المشروع فى ملحق الكتاب) .

المبحث الثالث

فى النظرية المبنية على القانون الوضعى

٦١ — ظهرت هذه النظرية كأثر من آثار رد الفعل الذى لاقاه مبدأ سلطان الارادة فى الفقه الحديث ، ذلك أن النظريات السابقة القائمة على الارادة تنبعث جميعها عن فكرة واحدة مبناها أن الارادة منتجة لآثار قانونية واذن فطبيعى أن نبحث عن تفسير رجوع آثار عقد من العقود ، أو تصرف من التصرفات القانونية الى الأصيل دون النائب — نبحث عن تفسير ذلك فى الارادة سواء ارادة الأصيل أو ارادة النائب أو كلتاهما على ما رأينا ، وهذه الفكرة الأساسية التى تقوم عليها النظريات المتقدمة هى صدى لمبدأ سلطان الارادة الذى

يقيم كافة الأوضاع القانونية على أساس ارادة الأفراد ويجعل تلك الارادة مصدر جميع الآثار فى الميدان القانونى (١) .

ولقد لقى هذا المبدأ الذى ازدهر فى ظل المذهب الفردى حملات عنيفة منذ مطلع القرن العشرين ، فكان طبيعيا أن يكون للنظريات المتأثرة بمبدأ سلطان الارادة فى تفسير طبيعة النيابة نصيبها من هذه الحملات التى قد تعنف حتى تصل الى حد انكار النيابة أصلا والدعوة الى نبذها من نطاق النظم القانونية ، وقد تعتدل شيئا فتفسر النيابة بالاستناد الى القانون الوضعى غير معترفة للارادة الا بدور ثانوى عرضى .

قاد هذه الحملة فى شكلها المتطرف العلامة دوجى الذى قرر أنه بعد دراسة طويلة لفكرة النيابة رأى أنها غير مفيدة أصلا ، وأن من الواجب استبعادها كليا (٢) ذلك لأنه يرى — خلافا لمبدأ سلطان الارادة — أن من الخطأ القول بأن ارادة الشخص التى يعبر عنها فى التصرف القانونى هى السبب المنشىء للأثر القانونى المترتب على ذلك التصرف وقد كان من جراء ترتيب حدوث الأثر القانونى على الارادة على هذا الوجه — الخاطىء فى نظر دوجى — أن اضطر الفقهاء الى اللجوء الى فكرة النيابة لتفسير أحكام القانون فى كل الحالات التى لا يعبر فيها الطرف فى التصرف القانونى عن ارادته فقالوا ان القائم بالتصرف القانونى انما هو نائب عن صاحب الشأن وبذلك تعود على هذا الأخير آثار التصرف القانونى التى كان من غير المفهوم

---

(١) أنظر فى مبدأ سلطان الارادة وما تعرض له من مد وجزر السنهورى : نظرية العقد بند ٨٦ الى ١٣١ وأيضا حلمى بهجت بدوى : أصول الالتزامات بند ٤٠ الى ٤٢ .

(٢) دوجى : « مطولة القانون الدستورى » الطبعة الثانية (باريس سنة ١٩٢١) جـ١ ص ٣٤٠ .

« Après de longs efforts, je suis enfin arrivé à comprendre qu'elle (la notion de la représentation) est complètement inutile et qu'il faut l'éliminer entièrement ».

ـ لكونها فى هذا المذهب وليدة الارادة ـ رجوعها الى شخص ثم تصدر منه الارادة ، لولا فكرة النيابة . والحقيقة عند دوجى ان الأثر القانونى المترتب على تصرف من التصرفات القانونية ليس وليد الارادة الفردية ، وانما منشؤه ترتيب القانون الوضعى لنتائج معينة على هذا التصرف ، واذن فلا حاجة الى اللجوء لفكرة النيابة لتفسير رجوع آثار التصرف القانونى الى الأصيل بل يكفى فى تفسير ذلك القول بأن القانون الوضعى يرتب على ذلك التصرف القانونى تلك الآثار التى تقع فى ذمة الأصيل (١) . ويضرب دوجى لذلك مثال الوصاية فيقول ان الوصى وقد منحه القانون الوضعى الاختصاص بالنظر فى مصالح القاصر ورعايتها يقوم بتصرفات قانونية تقع آثارها فى ذمة القاصر وذلك لأن القانون الوضعى نفسه يرتب على عمل الوصى المتصل بمصالح القاصر تلك الآثار ويوقعها مباشرة فى ذمة هذا الأخير .

وعلى هذا الوجه ينتهى دوجى الى الغاء النيابة ونبذها من دائرة النظم القانونية وبذلك يختفى نظام النيابة بتطبيقاتها المتعددة من الوجود كأنما كان ذلك بسحر ساحر يسميه دوجى القانون الوضعى !

٦٢ ـ لاجرم أن الهجوم العنيف الذى تعرض له مبدأ سلطان الارادة كان له ما يبرره من اغراق أنصار ذلك المبدأ فى تطبيقه ومبالغتهم فى الانتصار له فلم يكفهم أن جعلوا للارادة السلطان الأعلى فى تكوين العقود وفى ترتيب آثارها بل زعموا أن لها ذلك السلطان فى جميع الالتزامات ولو كانت غير عقدية فالالتزامات الناشئة عن شبه العقد وعن الفعل الضار هى عندهم وليدة الارادة الحرة وان كانت ارادة غير مشروعة فى الفعل الضار ومشروعة فى شبه العقد ولم يقتصر الأمر على الالتزامات بأنواعها بل تعداها الى سائر

---

(١) دوجى : المرجع السابق الموضع المذكور .

النظم القانونية فالملكية مثلا هى عندهم قائمة على الارادة بل هى فكره الارادة الحرة وقد تجسمت فى عالم الحقيقة والعلائق العـــائليه هى كذلك وليدة الارادة لأنها نتيجة الزواج والزواج عندهم عقد ارادى بحت والميراث أيضا يستند الى الارادة لأنه ليس الا وصـية مفترضة والوصية عمل ارادى • وليتهم وقفوا عند حـدود القانون المدنى أو القانون الخـــاص بل قد تعدوها الى ميدان القانون العام فاعتبروا الارادة أساس القانون الجنـائى اذ هى الأصل الذى تسـتند اليه العقوبة التى ليست الا نتيجة لرضاء الجانى مقدما بتوقيع جزاء جريمته عليه ، واعتبروها الأساس الذى تقوم عليه الدولة طبقا لنظرية العقد الاجتماعى المعروفة وهذا كله اغراق لاشك فيه •

كان هذا الاغراق سببا فى رد فعل عنيف تعرض له مبدأ سلطان الارادة ولكن خصوم المبدأ وقعوا فيما وقع أنصاره من المبالغة (١) اذا نادوا بنبذه مرة واحدة واقصائه من كافة نواحى القانون حتى من دائرته الطبيعية دائرة التصرفات الارادية والعقود بصفة خاصـة • ولا مشاحة أن الحقيقة تتوسـط بين افراط أنصار المذهب وتفريط خصومه فللارادة ولاشك سلطانها ولها دورها فى المجال القـانونى ولكن فى نطاق معين محصور لا يعدو القانون الخاص (٢) ولا يتجاوز فى هذا النطاق الحقوق الشخصية عامة والعقود بوجه خاص فهى فى ميدان الحقوق العينية وميدان نظام الأسرة والأحوال الشخصية ضئيلة

---

(١) يقول الأستاذ رواست فى تقرير له منشور بالمجموعة الرابعة من أعمال جمعية هنرى كابيتان للثقافة القانونة الفرنسية (باريس سنة ١٩٤٩) ص ١٢٠ « ان فى نظرية دوجى من المبالغة أكثر مما كان فى النظرية التى هاجمها »

« Il y a sans doute encore plus d'exagération dans sa théorie qu'il y en avait dans celle qu'il (Duguit) a combattue ». Rouast dans un rapport paru dans les « Travaux de l'Association », Henri Capitant pour la culture juridique française », t. IV, (Paris 1949) p. 120.

(٢) ولعل مما لا يخلو من المغزى الا يكون حامل لواء الحملة على الارادة – حتى فى مجال القانون الخاص – كبير فقهاء القانون العام فى العصر الحديث العلامة دوجى •

الأثر اذ يستأثر الشارع بتنظيم هـذين الميدانين • ولكن بعد هـذا التحديد كله لا يسع الباحث المنصف الا أن يقر للارادة الفردية بالسلطان فى ميدان الأعمال الارادية وخاصة العقود فهو ميدانها الطبيعى الذى تستأثر به ولا يمكن أن تنفك عنه وكيف وهو هو ميدان الارادة التى تتجه الى احداث آثار قانونية (١) •

ومتى استقر للارادة سلطانها على هذا الوجه فى مجال العقود وسائر التصرفات القانونية ــ وهو ما يقريه الآن جمهور علماء القانون(٢) ينتقض مذهب دوجى فى النيابة فى التصرفات القانونية من أساسه ، فضلا عن أن هذا المذهب فى ذاته لا يسلم من العيب ، فمع التسليم بأن رجوع آثار التصرف الذى يجريه النائب الى الأصيل هو حكم من أحكام القانون الوضعى فيبقى أن تحول آثار التصرف من ذمة القائم به الى ذمة غيره هكذا حكم شاذ يتعين تفسيره واذن فتعرض لنا من جديد هذه الصعوبة التى أراد دوجى أن يحلها عن طريق محوها وطمسها• ثم أن دوجى اذ يضرب فى احتجاجه لمذهبه على وتر النيابة القانونية يحسن ولا شك اختيار المثال الذى يبنى عليه حججه فقد يقارب القبول فى الذهن لأول وهلة أن يقال ان أعمال الوصى وعقوده المتعلقة بمصالح القاصر تقع آثارها فى ذمة هذا الأخير بحكم القانون الوضعى الذى أقام الوصى أمينا على تلك المصالح ولكن ما القول فى النيابة الاتفاقية التى لا تقوم الا بارادة الأصيل ومهما ألقيت تنائجها على عاتق القانون الوضعى فلابد مع ذلك الاعتداد بالارادة وتقدير مالها من دور كبير

---

(١) ولا ينال من هذا ما قد تتقيد به الارادة فى هذا المجال من قيود عملية مرجعها الى قواعد الشكل أو الاشهار أو الاثبات • كما أنه لا حاجة الى القول بأن الارادة التى نعنيها هى الارادة الظاهرة المعلنة لا الارادة الباطنة الداخلية التى ليست الا ظاهرة نفسه لا يمكن أن يترتب عليها أثر فى الميدان القانونى •

(٢) أنظر السنهورى : المرجع السابق بند ١١٢ وحلمى بهجت بدوى : المرجع السابق بند ٤٢ •

عند تبرير آثار النيابة ، فالحق أنه فى النيـابة الاتفـاقية لا يعدو دور القانون الوضعى اقرار آثار ارادة الأطراف (١) .

٦٣ ـ كان من الذين تأثروا تـأثيرا كبـيرا بأفكار دوجى عن التصرف القانونى مادراى فى رسالته عن النيابة (٢) فالمؤلف المذكور بعد أن ناقش طويلا طبيعة التصرف القانونى ونصيب الارادة فيه (٣) انتهى الى تقرير ان دور الارادة فى التصرف القانونى لا يتناول احداث آثار ذلك التصرف وانما هو يقتصر على اعمال قواعد القانون الوضعى فالقانون وحده هو الذى يعين آثار التصرفات القانونية والارادة فى ذاتها عاجزة عن خلق تلك الآثار وما الارادة فى التصرف القانونى الا شرط لانطبـاق القواعد القـانونية التى تعين وتحدد مقدما آثار ذلك التصرف واذن فالارادة لا تخلق تلك الآثار ــ لأنها محددة سلفا بالقانون الوضعى ــ وانما هى تعمل القاعدة القانونية وتجعلها تنطبق على واقعة الحـال محدثة الآثار التى عينتها وحددتها تلك القـاعدة واذن فآثار التصرف القانونى لا توجد ــ بتعبير هذا المؤلف ــ بالارادة (٤) وانما هى توجد عند الارادة (٥) .

---

(١) رواست ص ١٠٦ وأنظر فى نقد نظرية دوجى أيضا ـ مادراى ص ١٠٢ ـ ١٠٥

(٢) مادراى : « فى النيابة فى القانون الخاص » رسالة من بوردو سنة ١٩٣١ .
Madray, G. : « De la représentation en droit privé », Thèse, Bordeaux, 1931.
وان كان المؤلف ينتقد مذهب دوجى المؤدى الى افكار النيابة . أنظر الحاشية السابقة .

(٣) المرجع المذكور ص ١٣٤ ما بعدها .

(٤) ex voluntate

(٥) cum voluntate أنظر مادراى ص ١٤٥ حيث يقرر أن هذين التعبيرين مأخوذان عن جونو Gounot فى رسالته عن « مبدأ سلطان الارادة فى القـانون الخاص » ديجون سنة ١٩١٢ . وتعريب هذين التعبيرين منقول عن الغزالى فى « تهافت الفلاسفة » ـ المسألة السابعة عشرة المتضمنة بحث السببية ويذهب فى شأنها الغزالى الى أن ما يظن أنه سببية حتمية ليس الا اقترانا مطردا بين ظاهرتين وينتهى من بعض بحثه الى القول بأنه « قد تبين أن الوجود عند الشىء لا يدل على أنه موجود به » ص ٢٢٧ طبعة دار المعارف بمصر .

ويطبق ماداري هذه الفكرة عن التصرف القانوني على النيابة فيقول ان تفسير رجوع آثار التصرف القانوني الى الأصيل هو أن توافق ارادتي النائب والغير المتعامل معه قد أعمل القاعدة القانونية الوضعية التي تحكم هذه الحالة وتقضي بأن آثار ذلك التصرف تقع فى ذمة الأصيل • ويرى المؤلف أن تفسيره هذا ينطبق على كل حالات النيابة من اتفاقية وقانونية وقضائية ففي كل من هذه الحالات تنطلق قاعدة وضعية مقتضاها ايقاع آثار التصرف القانونى للأصيل وعليه متى اجتمعت الشروط اللازمة لانطباق هذه القاعدة • ويعدد المؤلف الأمثال على مذهبه فيتساءل لماذا يلزم الوصى القاصر ويكون جوابه لأن القانون يعطيه هذه الصفة ويقضى بأن تصرفاته تحدث آثارها فى ذمة القاصر ، ثم يتساءل لماذا تتحمل ذمة الصبى بآثار تصرفات والده الولى الشرعى عليه ويكون جوابه لأن المشرع قرر ذلك فى القواعد الوضعية الخاصة بالولاية (١) وعلى هذه الوتيرة يمضى فى تطبيق مذهبه على كافة صور النيابة منتهيا من ذلك الى أن فكرته هى الكلمة الأخيرة فى شرح طبيعة النيابة بأنواعها المختلفة •

ولا حاجة بنا الى الاطالة فى بيان تأثر صاحب هذه النظرية بآراء دوجى فى التصرف القانونى تأثرا كبيرا ، وقد يكون من الطريف فى هذا المقام أن نقرر أن هذه الآراء عن دور الارادة فى التصرف القانونى ليست بدعا جديدا فى الفقه ولا هى مما لم يسبق اليه العلامة دوجى ومن نحوا حوه ، فان لجمهور علماء الشريعة فى ذلك مذهبا مماثلا مؤداه أن آثار العقود من عمل الشارع وأن ارادة العاقد تنشىء العقد فقط ولكن أحكامه وآثاره تكون من الشارع وأن موضع الاختيار والرضا فى ايقاع

---

(١) مادراى المرجع السابق ص ١٤٨ - ١٤٩ •

الأسباب بانشاء العقود وأما أحكامها وآثارها فبترتيب الشارع لا بارادة العاقد (١) ٠

٦٤ ــ ولما كانت نظرية مادراى مبنية على أســاس فكرة دوجى عن دور الارادة فى التصرف القــانونى فينصرف اليها اذن النقد الذى سلف بالنسبة لنظرية دوجى ، هذا الى أن تفسير آثار النيــابة باللجوء الى القانون الوضعى يبدو لنا تفسيرا ظاهريا بحتا يعوزه التوفيق فليس يكفى فى تفسير تلك الآثار وفى شرح طبيعــة النيابة مجرد القول بأن القانون الوضعى يقرر ذلك فان هذا القول لا تطمئن اليه البصيرة النفاذة ولا تقتنع به الروح العلمية التى همها الكشف عن الأســباب المباشرة للظواهر التى هى محل الدرس (٢) ، فمــا من أحد ينكر ما للقــانون الوضعى من دور فى التصرف القانونى كما فى كافة المجالات القانونية فالقانون الوضعى هو الذى يقر آثار الارادة ويسبغ عليها صفة الالزام، وليس فى الاقرار للارادة بالسلطان فى ميدانها الذى تقدم تحديده نفى لما للقانون الوضعى من دور هام ولا ادعاء بأن الارادة فى ذاتها وبمفردها خلاقة للآثار القــانونية ، ولكن ليس معنى هذا التسليم لما دارى ومن سلك سبيله بما ذهبوا اليه ، فلا نزاع فى أن القــانون الوضعى هو فى آخر الأمر المصدر البعيد لكافة الآثار القانونية فى كافة الميادين لا فى ميدان التصرف القــانونى وحده ــ ولكن دون هذا المصــدر البعيد

---

(١) أنظر تفصــيل ذلك فى محمد أبو زهرة : « الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية » مصر سنة ١٩٣٩ بند ١٣٥ ــ ١٣٩ والمراجع المذكورة فيه ٠ وأنظر وحيد الدين سوار : التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى ــ القاهرة ١٩٦٠ بند٥٩٨ وما بعده وانظر أيضا بند ٦١٣ حيث ينحاز المؤلف الى نظرية القانون الوضعى فى تفسير طبيعة النيابة لكونها متفقة مع هذا النظر ولكنه لا يأتى بجديد يدعمها بل يحيل الى آراء دوجى ومادراى ٠ وكذلك قال بهذا الرأى فى تفسير طبيعة النيابة فى الفقه الاسلامى محمد رضا العانى فى رسالته « الوكالة فى الشريعة والقانون » بغداد ١٩٧٥ بند ٣٣ ٠

(٢) أقر مادراى نفسه بهذا القصور فى نظريته وذلك فى خاتمة رسالته ص ٢٤٥ ــ ٢٤٦ ٠

مصادر مباشرة يعنى بالكشف عنها علم القانون ولا شك أن فى الالتجاء لتفسير كل ما يعرض للباحث من الأوضاع القانونية الى القانون الوضعى تبسيطا لعلم القانون يجاوز الواقع ولا ترضاه روح العلم (١) .

كما قد أخذ على مادراى أن مذهبه ـ حتى مع التسليم به من حيث المبدأ ـ لا يفسر لنا لماذا يترتب على ارادة النائب بمفردها أو باشتراكها مع ارادة الغير المتعاقد مع النائب اعمال تلك القاعدة الوضعية التى ترجع آثار التصرف الى الأصيل ؟ أليس الأقرب الى حقيقة الواقع أن دور القانون لا يتعدى اقرار مضمون الارادة والتصديق عليه وأن الآثار المترتبة على تصرف قانونى يتم بطريق النيابة تترتب فى واقع الأمر على الارادة وان كان الشارع باقراره لها يسبغ عليها صفة الالزام ؟ ولنأخذ مثال الوكالة : هل التزام الموكل بمقتضى تصرف الوكيل مصدره القانون الوضعى أم مصدره فى الحقيقة ارادة الموكل الذى ارتضى أن يلتزم بارادة الوكيل ثم جاء المشرع وأقر هذا الوضع حين قنن قواعد الوكالة ؟ هذا وأن فكرة ماداری نظرا لاقترابها من مذهب دوجى قد تكون أقرب الى القبول ـ لأول وهلة ـ بالنسبةللنيابة القانونية (٢)

---

(١) قارن سافاتييه : « الاطوار الاقتصادية .. » ص ٣٥ نهاية بند ٣٥٩ : « لقد أراد البعض تفسير النيابة بالاستناد الى القانون الوضعى ولكن ذلك لا يعنى شيئا فان كل وقائع الحياة القانونية يكرسها القانون الوضعى والتذكير بأن القانون الوضعى يكرس احدى تلك الوقائع ليس الا مجرد تقرير لحقيقة أولية » .

(٢) انظر رواست فى تقريره المنشور بالمجموعة الرابعة من « أعمال جمعية هنرى كابيتان للثقافة القانونية الفرنسية » باريس سنة ١٩٤٩ ص ١٢٠ حيث ينتقد النظرية الوضعية فى تطبيقها على النيابة الاتفاقية بقوله :

« Pour nous ne tenir à la question du mécanisme de la représentation, je dirai seulement que Duguit, et aussi M. Madray, déforment la représentation conventionnelle qui se manifeste sous la forme d'un mandat, en rapportant tout ce mécanisme au droit objectif, c'est-à-dire à la loi. Pourquoi en effet la loi transporte-t-elle les effets de l'acte accompli par le mandataire sur la tête du mandant, sinon parce que mandataire et mandant l'ont ainsi voulu ? Si l'on y réfléchit, on voit que cette substitution du mandant au mandataire dans l'obligation a sa source dans la volonté de l'un et de l'autre, et que la loi ne fait pas autre chose que de permettre à cette volonté

ولكن حتى فى هذا النوع من النيابة يعيب هذه الفكرة اهمالها لما لارادة النائب من دور جوهرى لا يقتصر على مجرد اعمال قاعدة من قواعد القانون (١) •

هذا ولا يقتصر أنصار نظرية القانون الوضعى على من ذكرنا فان فى عدادهم من الفقهاء الحديثين الايطالى مالفانيا الذى ينتهى من دراسته الطويلة لطبيعة النيابة الى نتيجة لا نقره عليها اذ يقرر أن التفسير الأخير والشرح الوحيد لجميع حالات النيابة هو فى ما للقانون الوضعى من السلطان الأعلى (٢) •

de s'accomplir. Ce n'est pas le législateur qui a créé cette situation, ce = sont les parties au contrat de mandat. La théorie du droit objectif, appliquée à cette forme de représentation, apparaît comme étant profondément artificielle ».

Rouast dans les « Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française », t. iv, p. 120.

(١) رواست ص ١٠٧ ـ ١٠٨ •

(٢) « ... giuridicamente la ragione e la spiegazione è una : la volontà sovrana della legge ». Malvagna, Simone : « Sulla natura giuridica della rappresentanza », Rivista di diritto civile, vol. XXVIII, 1936, pp. 302-305.

ولعل مما لا يخلو من الدلالة أن هذه النظرية ظهرت والنظام الفاشستى فى ايطاليا فى ابان سطوته !

الفصل الثانى

نتيجة البحث فى طبيعة النيابة

٦٥ ـ لا شك فى أن العرض المتقدم لمختلف النظريات فى طبيعة النيابة قد قرب الى الذهن مدى دقة هذه المسألة وما يكتنفها من العوامل المختلفة ويدخل فيها من العناصر المتعددة التى يتعين الاعتداد بها ووضعها فى ميزان التقدير قبل الانتهاء الى رأى أخير فى هذا الصـــدد ، ولكن لا يجب أن يذهب بنا ذلك ـ كما ذهب بالبعض (١) ـ الى اليأس من الوصول الى حل لهذه المشكلة والاهتداء الى نظرية مقبولة تبين ماهية النيابة بيانا ينطبق على كافة أحوالها ، فان الغموض الذى يحيط بهذا الموضوع لا يخلو من دلائل توجه الى طريق الحقيقة من يبحث عنهـــا ويوطن النفس على احتمال مشقة البحث فى سبيل الوصول اليها .

وليست جميع النظريات التى تتعرض لبيـــان طبيعة النيابة ينبغى اعتبارها والاهتداء بهديها لمعرفة تلك الطبيعة فان منها ما يتعين اطراحه لسبب أو لآخر من الأسباب التى أطلنا الكلام عليها فى معرض مناقشتنا لتلك النظريات ـ وأعنى بمـــا تقدم نظرية الافتراض ونظريـــة ارادة الأصيل ونظرية القانون الوضعى اذ كانت هذه النظريات عاجزة عن بيان

(١) رواست ص ١٠٨ وانظر ديموج بند ١٥٠ ص ٢٤٣ .

حقيقة النيابة وغير متفقة مع الوقائع التى تنبري لشرحها وتفسيرها كما تقدم لنا بيان ذلك فى موضعه ولا محل للرجوع اليه الآن •

ومن بين النظريتين الباقيتين ــ نظرية ارادة النائب ونظرية تعاون الارادتين ــ نرى أن تحليل ظاهرة النيابة والنظر فى عناصر الارادة التى ينعقد بها التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة ــ وهو ما تناولناه بالتفصيل فى غير هذا الموضع ــ يؤدى بنا الى القول بأن ذلك التصرف انما يتم بارادة النائب وهو ما انتهى اليه ايرنج ثم من بعده بيلون ومن تبعوه •

فقد رأينا أن عنصر الأهلية اللازمة للتعاقد يشترط أن يتوفر فى النائب أصله وهو ما يتحقق بكونه مميزا ، أما كمال الأهليـة اللازمة للالتزام بأحكام التصرف فلا يشترط فى النائب وان كان لابد من توفره فى الأصيل •

أما عنصر سـلامة الارادة من العيوب فقد رأينـا أنه مطلوب فى النائب دون الأصيل •

وكذلك عنصر الظروف المرتبطـة بالارادة والمؤثرة فى التصرف فينظر فيه الى النائب دون الأصيل •

وهذه العناصر الثلاثة هى التى تقوم عليها الارادة التعاقدية •

٦٦ ــ على أن ذلك لا يعنى انكارنا على ارادة الأصيل كل دور فى ظاهرة النيابة ، فان الأصـيل اذ ينيب عنه النـائب واذ يصدر اليه تعليماته تلعب ارادته ولا شك دورا غير صغير فى ظاهرة النيـابة ولكن هذا الدور ينحصر فى العلاقة بين الأصيل والنائب أى فى العلاقة الداخلية للنيابة ولا يتعدى هذه العلاقة الى التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة ، فان هذا التصرف انما يقوم به النائب والارادة المنشئة له هى

ارادة النائب حتى فى حالات النيابة المحددة التى يصــدر فيها الأصيل لنائبه تعليمات معينة بخصــوص التصرف القانونى موضوع النيابة ، فالارادة ــ ذلك النشاط النفسى الذى يظهر فى صورة علنية وتترتب عليه قانونا آثار معينة ــ هى للنائب الذى يقوم بالتصرف القــانونى دون غيره فالنائب هو الذى « يريد » العقد ولا يهم مطلقا أن تتكون ارادة النائب وفقا لأوامر وتوجيهات الأصيل فحتى حين يتعاقد النائب فى حدود ومع مراعاة تلك الأوامر والتوجيهــات تكون الارادة التعــاقدية هى ارادته لا ارادة الأصيل لأنه اذ يتعاقد على ذلك الوجه يجعل من تلك الارادة ارادته هو الخاصة ، ويقوم حتما بذلك النشاط الارادى الذى يميزه عن الرسول فهو ــ ان صح التعبير ــ يريد طبقا لارادة الأصيل أى تصدر عنه ارادة خاصة به وان تكن مطابقة لارادة الأصيل (١) حقا أن النائب ملزم ــ بحكم العلاقة الداخلية التى تربطه بالأصيل من وكالة أو غيرها ــ بأن يتبع تعليمات الأصيل ويقوم بالعمل موضوع النيــابة وفقا لتوجيهاته ، وحقــا ان انعدام التوافق بين ارادة الأصــيل وارادة النائب قد يؤدى الى سقوط الانابة وبالتالى التصرف القانونى الذى أجراه النائب ولكن ارادة الأصيل مع ذلك لا تتغلغل ولو عن طريق غير مباشر الى تكوين التصرف القانونى الذى يجريه النائب ولا يمكن أن تحدد مضمون ذلك التصرف اللهم الا اذا مرت بخاطر النائب وهو يجريه وبعبارة أخرى الا اذا انصرفت ارادة النائب اليها فصــدرت عنه ارادة

---

(١) وبالمقابلة نجد أن الرسول لا يقوم بأى نشاط ارادى اذ هو يعبر عن ارادة غيره بدون أن يجعل منها ارادته هو ويعبر عنها باعتبارها كذلك أى باعتبارها ارادة الغير . انظر كاربونى « بحث فى فكرة الرسول » الكتاب التذكارى للأستاذ كيرونى جـ١ سنة ١٩١٥) ص ٤٨ .

Carboni, Michele : « Sul concetto di nuntius », nei « Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi », vol. I (1915), p. 48.

خاصة به مطابقة لارادة الأصيل — على ما تقدم — وبقدر ذلك فقط(١)

الارادة التعاقدية فى العقد أو التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة هى اذن ارادة النائب ، وهى نتيجة تؤيدها الأحكام الوضعية للنيابة ويؤدى اليها تحليل هذه الظاهرة القانونية الى عناصرها على ما تقدم لنا تفصيله فى غير هذا الباب .

٦٧ — ولكن تقرير هذه الحقيقة لا يكفى — كما سبق أن قلنا أكثر من مرة — شرحا للنيابة وبيانا لطبيعتها وهذا هو المأخذ الذى يرد على مذهب ايرنج والذى حاول غير واحد من الفقهاء معالجته بوجه أو بآخر فتصدوا لتكملة هذا المذهب اما بالاستناد الى الفكرة المادية للالتزام (بيلون) واما بالالتجاء الى فكرة الوصف (ليفى — أولمان) واما بتشبيه النائب بعضو الشخص المعنوى (سافاتييه) وقد سبق لنا عرض هذه الأفكار ونقدها نقدا نكتفى فى هذا الموضع بالاحالة اليه ونكرر على أساسه ما قررناه ثمة من أن هذه النظريات لا تصلح فى آخر الأمر تفسيرا للنيابة أو شرحا كافيا لطبيعتها .

---

(١) ونستطيع أن نقول من غير أن نحيد عن سبيل الصواب ان ارادة الأصيل المتمثلة فى الأوامر والتعليمات التى يصدرها لنائبه بخصوص العقد أو التصرف القانونى محل النيابة (والتى تريد نظرية اشتراك الارادتين أن تجعل لها دورا فى ذلك التصرف) هى أمر يخص العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أى العقد الذى يربطهما من وكالة أو غيرها ولكن ليس له شأن مباشر بالتصرف القانونى الذى يجريه النائب . أنظر فى الفكرة المتقدمة فى المتن باكيونى ص ٣٠٣ وفيفانتى ص ٤٣٣ وفون توهر ص ٢٩٤ ويذهب المؤلف الأخير الى حد القول بنفاذ العقد الذى يجريه النائب بالمخالفة لتعليمات الأصيل وبأنه يلزم هذا الأخير مادام فى حدود السلطة الممنوحة للوكيل وان كان له أن يرجع على نائبه بطلب التعويض لتصرفه بالمخالفة للتعليمات المعطاة له وقد جرت محكمة النقض المصرية على هذا المبدأ فى حكم لها صادر فى ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٥٣ (المحاماة ٣٥/٣٤٦/٨٨٧) قضت فيه المحكمة بنفاذ عقد صلح أبرمه الوكيل فى حدود وكالته وقالت عن الغبن الذى كان يحتج به الموكل للقول بخروج الوكيل عن حدود الوكالة ، وبالتالى عدم نفاذ تصرفه ، ان « محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى حدود علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة » . أنظر فى تعليمات الأصيل من حيث تأثيرها على مدى النيابة : ما يلى بند ١١٥ وما بعده .

ونحن اذا بحثنا عن طبيعة النيابة فى التصرفات القانونية فانما نبحث عنها على ضوء الدور الذى للتصرفات القانونية فى النظام الاجتماعى وفى نصيب الارادة من هذا الدور : ذلك أن التصرفات القانونية كلها فى الأصل ظواهر اجتماعية نشأت عفوا أو بقصد من أطرافها تلبية لضرورات الحياة الاجتماعية فالحياة فى المجتمع البشرى تقوم على تبادل الأموال والمنافع بين أفراد الناس وعلى التعاون فيما بينهم لبلوغ أهدافهم الفردية والاجتماعية فالأفراد فى سعى كل منهم لتحقيق مصلحته الخاصة وفى عمله على القيام بدوره فى المجتمع ، يحتاجون مثلا الى أن يرتبط الفرد من أحد الجنسين بفرد من الجنس الآخر (الزواج) كما يحتاجون الى تملك الأموال وتبادلها (البيع والمقايضة) والى الانتفاع بما ليس فى ملكهم منها (الايجار والعارية) والى التعاضد فيما بينهم لبلوغ الأهداف التى لا يستقل الواحد منهم ببلوغها (الشركة والوكالة) الى غير ذلك من الأغراض والغايات الاجتماعية والاقتصادية • ولا ريب أن الأفراد قد اصطنعوا ــ حتى قبل أى تنظيم قانونى للمجتمع ــ الوسائل المؤدية الى تحقيق غاياتهم هذه فنشأت بينهم مختلف المعاملات التى جاء القانون الوضعى من بعد وأسبغ عليها حمايته ورفعها الى مصاف التصرفات القانونية • فالتصرفات القانونية اذن هى وليدة الحياة الاجتماعية بالضرورة ، وهى فى جوهرها أدوات يتوصل بها الأفراد الى تحقيق الأهداف العملية ــ الاقتصادية أو الاجتماعية ــ التى يسعون اليها ، أدوات يرتب بها الأفراد مصالحهم الخاصة تلك المصالح التى يحميها القانون الوضعى اذ يسبغ على التصرفات القانونية صفة الالزام •

فكل تصرف قانونى اذن يستهدف غاية معينة وبالتالى فان لكل قاعدة قانونية تخلق من الظاهرة الاجتماعية البسيطة علاقة قانونية ملزمة غاية يستهدفها المشرع • واستهداف الغايات لا يمكن أن ينفك عن

التصرفات القانونية ولا عن القواعد القانونية التى تحكمها ، فالسلوك البشرى ــ الذى تسن لتنظيمه قواعد القــانون ــ يتميز حتما بأمرين هما : استهداف غاية ، واصطناع وسيلة وهذان الأمران اللذان يميزان السلوك البشرى بطبيعته (أى من حيث هو سلوك بشرى) مشاهدان فى كل ما يصدر عن الانسان على وجه العموم وفى التصرفات القانونية على وجه الخصوص •

والغاية التى يستهدفها التصرف القانونى هى الوظيفة التى يقوم بها ذلك التصرف فى النظام الاجتماعى ، ولأجل تيسير أداء تلك الوظيفة الاجتماعية للتصرف القانونى توضع قواعد القانون • وتيسير أداء تلك الوظيفة الاجتمــاعية يجب أن يكون نصب الأعين عند تفسير وتطبيق قواعد القانون الوضعى وكذلك عند محاولة اقامة البناء النظرى للظواهر التى ينتظمها علم القانون •

ومتى وضعنا نصب أعيننا هذه الوظيفة التى للتصرف القانونى فى النظام الاجتماعى أمكننا أن نفهم حقيقة الدور الذى تلعبه الارادة فى التصرفات القانونية • فلئن كان التصرف القانونى اعلانا عن ارادة متجهة الى احداث آثار قانونية فان النظر الى الوظيفة التى يؤديهــا التصرف القانونى فى المجتمع باعتبار الأغراض الاجتمــاعية والاقتصــادية التى تهدف الى تحقيقها التصرفات القانونية ، يفضى حتمــا الى القول بأن الارادة فى التصرف القانونى غير مقصودة لذاتها وانما هى وسيلة لبلوغ الغرض الاجتماعى أو الاقتصادى المقصود من ذلك التصرف •

متى فرقنا فى التصرف القــانونى على هذا الوجه بين النتيجــة الاجتماعية أو الاقتصادية التى يرمى اليها وبين الارادة التى هى قوام ذلك التصرف ، أو بعبارة أخرى متى أمكننا أن نميز بوضــوح الغاية المقصودة من التصرف القانونى والوسيلة الى بلوغ هذه الغاية تبينا أنه

ليس من المحال عقلا ولا من الممتنع قانونا أن تنفصل الغاية عن وسيلتها فتكون الوسيلة لشخص والغاية لآخر ، ذلك أن وقوع آثار التصرف القانونى للشخص الذى صدرت عنه الارادة المنشئة له دون غيره واعتبار وقوع تلك الآثار لغير ذلك الشخص شذوذا وخروجا على منطق الأشياء انما هو نتيجة لعدم تفهم دور الارادة الحقيقى فى التصرف القانونى ونتيجة اعتبار تلك الارادة — التى هى قوام التصرف القانونى — مع آثار ذلك التصرف وحدة لا تنفصم ولا تنقسم ، أو هو ثمرة العجز عن التفريق فى التصرف القانونى بين غايته وبين الوسيلة اليها ، وهى نظرة الى التصرف القانونى سطحية غير نفاذة •

وعلى ضوء هذه التفرقة بين آثار التصرف القانونى — وهى الغاية الاقتصادية أو الاجتماعية المقصودة منه — وبين الارادة المنشئة للتصرف — وهى الوسيلة لبلوغ تلك الغاية — يمكننا أن نتفهم عمل النيابة فنرى أنه فى كل حالة من الحالات التى تعرض فيها النيابة بأنواعها المختلفة نكون أمام غاية مقصودة لشخص معين يتوسل اليها بارادة شخص آخر غير الذى تتحقق فى ذمته الغاية من التصرف القانونى فتكون الغاية للأصيل والوسيلة اليها للنائب • وليس فى حكم العقل مانع من اتخاذ ارادة شخص ما وسيلة لبلوغ غاية اقتصادية أو اجتماعية تتحقق لشخص غيره (١) •

---

(١) فكرة الغائية من الأفكار الفلسفية القمينة بأن تعطى فى مجال الدراسات الفقهية نتائج طيبة ، ومع ذلك فانها لم تلق حتى الآن الالتفات الكافى وبخاصة من الفقهاء العرب وقد استعنا بهذه الفكرة فى تحديد منهج للتكييف فى تنازع القوانين (أنظر جمال مرسى بدر : « التكييف القانونى فى تنازع القوانين فى المكان » فى كتاب المؤتمر الخامس للمحامين العرب — بيروت ١٩٥٩ و « المحاماة » • السنة الأربعون ، ص ١٧٨ وما بعدها) كذلك استندنا الى فكرة الغائية فى تأصيل قواعد الدفاع الشرعى بوصفه من موانع المسئولية الدولية وذلك فى بحث أعددناه فى نطاق عملنا بادارة التقنين فى الأمانة العامة للأمم المتحدة وسوف ينشر ذلك البحث قريبا كوثيقة رسمية من وثائق الهيئة • كما أن للغائية دورا هاما فى بناء نظرية التحول (أنظر أحمد يسرى : « تحول التصرف القانونى » رسالة من هيدلبرج ١٩٥٥ الترجمة العربية ، القاهرة ١٩٥٨ وبخاصة ص =

٦٨ ـ وهذه الفكرة تشرح كافة أنواع النيـابة من اختيـارية وضرورية ، ففى النيابة الاختيـارية (الاتفـاقية) نجد أن الأشخاص المتمتعين بكامل الأهلية يختارون لبلوغ غاياتهم الاجتماعية والاقتصادية الوسيلة التى يرون أنها أوفى بالغرض فاما أن يتوسل الشخص بارادته هو فيقوم بنفسه بالتصرف القانونى الذى يولد الآثار المقصودة واما أن يتوسل لبلوغ غايته بارادة شخص آخر يقوم بالتصرف القانونى نائبا عن الأصيل الذى تتحقق فى شخصه الغاية المقصودة المتولدة عن التصرف القانونى ٠

وفى النيابة الضرورية (القانونية) نكون أمام أشـخاص يشملهم القانون بحماية خاصـة نظرا لصغر سنهم أو قصور عقولهم أو لظروف أخرى قائمة بهم تجعلهم عاجزين كليا أو جزئيا عن القيام بأنفسهم على شئونهم وعن بلوغ غاياتهم الاجتماعية والاقتصادية اذ تكون وسيلتهم الى ذلك ـ وهى الارادة ـ مفقودة أو منقوصـة ، فلهذا كله يتولى القانون تعيين الأشخاص الذين يتولون ذلك عنهم بأن يجعلوا اراداتهم وسائل لتحقيق غايات تقع فى ذمم ناقصى الأهلية الذين ينوبون عنهم بصفتهم أولياء أو أوصياء أو قامة الخ ...

٦٩ ـ واذا عرضنا فكرتنا هذه على محك الأحـكام الوضعية النيابة لم يزدها ذلك الا ثباتا ووضوحا ـ ولن نستطرد هنا الى سرد

= ١٦٠ ـ ١٦٥ و ٢٥٢ وختام ص ٢٦٤) وكذلك نجد أن لهذه الفكرة شأنا كبيرا فى تكييف العقود (أنظر أحمد زكى الشيتى : « تكييف العقود » (بالفرنسية) ، رسـالة من القاهرة ١٩٤٤ ، ص٦٦ ومابعدها) كمايستعان بفكرة الغائية فى التمييز بين عنصرى الالتزام: المديونية والمسئولية (انظر اسماعيل غانم : « أحكام الالتزام » القاهرة ١٩٥٦ ص ١٨ بند ١٠) ٠ وفى صدد تاصيل الكثير من احكام التامينات يلجأ الفقه الحديث الى فكرة الغائية (انظر شمس الدين الوكيل : « نظرية التامينات فى القانون المدنى الجديد » ج ١ الاسكندرية ١٩٥٦ ، بند ١١ وما بعده) ٠ وعلى الجملة فان اعادة النظر فى كثير من النظم القانونية من زاوية الغاية والوسيلة يلقى على تلك النظم ضوءا جديدا (أنظر فى ذلك روجيه بيرو : « تاثير الصنعة فى النظم القانونية على الغاية منها » (بالفرنسية) رسالة من باريس ١٩٥٣) ٠

هذه الأحكام كلها وانما لمثل لصحة نظريتنا بامثلة من أحكام النيابة المختلفه .

فالقاعدة التى تقررها المادة ١٠٤ من القانون المدني المصري فى فقرتها الأولى : « اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » ، هذه القاعدة التى مقتضاها الرجوع فى عيوب الرضا وما اليها الى ارادة النائب دون ارادة الأصيل (١) تفسرها الفكرة المتقدمة فطالما أن الغاية من التصرف القانوني - أى نتيجته الاجتماعية أو الاقتصادية - هي للأصيل، والوسيلة اليها - أى الارادة - هي للنائب كان من الطبيعى لمعرفة مدى سلامة الوسيلة وصحتها وتقدير كفايتها وبحث ما اذا كانت مؤدية الى غايتها أم لا الرجوع الى شخص النائب وفحص ارادته والتفتيش فيها عما قد يلحق بها من عيوب ، دون أن يكون لارادة الأصيل دخل فى ذلك لأنها فى التصرف القانوني الذى يتم بطريق النيابة ليست الوسيلة الى الغاية منه فلا محل اذن للاعتداد بها .

وعلى العكس ففى كل ما يتصل بالغاية من العقد أو التصرف القانونى وتقدير مدى شرعيتها وبحث ما اذا كانت مباحة قانونا للشخص المقصودة له يرجع الى الأصيل دون النائب ، ومن هنا القاعدة التى تقرر أنه ليس للشخص أن يوكل غيره فى تصرف لا يملكه بنفسه ، ذلك أن

---

(١) ونلاحظ هنا أن هذه القاعدة التى تضمنتها م ١٠٤ عامة على النيابة بنوعيها من ضرورية (قانونية) واختيارية (اتفاقية) وفى هذه العمومية اعتراف لارادة النائب بنفس الدور فى اجراء التصرف محل النيابة حتى فى النيابة الاختيارية (الاتفاقية) التى يميل البعض فيها الى اشراك ارادة الاصيل اتباعا لظواهر الاشياء وخلطا منهم بين العقد الذى تستند اليه النيابة (بين الأصيل النائب) وبين التصرف أو العقد الحاصل بطريق النيابة . راجع آنفا بند ٢٨ وما بعده .

القانون وقد حرم شخصا معينا من تحقيق غاية معينة لا يفهم أن يبيح له التوسل لتحقيقها بارادة شخص غيره ، لأن الغاية محرمة عليه فى ذاتها مهما كانت الوسيلة (١) • وكذلك فى أحوال سوء نية الأصيل كما لو كان عالما باعسار البائع مثلا فى حالة الدعوى البوليصية (م ٢٣٨) ففى هذه الأحوال يقع التصرف باطلا أو قابلا للابطال ولو كانت نية النائب حسنة وذلك لأن القانون فى مثل هذه الظروف لا يبيح للشخص تحقيق الغاية من التصرف القانونى فلا تهم اذن الوسيلة التى يتوسل بها الى تلك الغاية سواء كانت ارادته هو أو ارادة نائب عنه ، واذن فيرجع فى ذلك كله الى شخص الأصيل ، وهذا هو الحكم الذى يستفاد من المادة ١٠٤ فقرة ٢ من القانون المدنى •

وأيضا فقاعدة الاكتفاء فى النائب الاتفاقى بالتمييز وعدم اشتراط تمتعه بالأهلية الكاملة ــ وهى القاعدة التى نصت عليها المادة ١٩٩٠ من القانون المدنى الفرنسى والمأخوذ بها فى سائر القوانين (٢) ، تشرحها وتفسرها الفكرة التى تقدم لنا عرضها • ذلك أن أولئك الأشخاص من ناقصى الأهلية الذين يجيز القانون تعيينهم وكلاء ، كالقاصر المميز والمحجور مثلا هم متمتعون فعلا بأصل الأهلية ولهم ارادة صحيحة مميزة ولكن بسبب صغر سنهم أو لقصور آخر فيهم منعهم الشارع من استعمال تلك الارادة ، والتوسل بها الى غايات اجتماعية أو اقتصادية تقع فى ذممهم أنفسهم لاحتمال أن يعود عليهم ذلك بالضرر لعدم اكتمال خبرتهم أو لسوء تقديرهم ، ولكن هذا لا يمنع من امكان توسلهم بارادتهم هذه ــ وهى فى ذاتها صحيحة مميزة ــ الى غايات تقع فى ذمم

---

(١) وهذه القاعدة مقررة بنص تشريعى صريح فى القانون المدنى الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ اذ نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٩ منه على أنه يشترط فى جميع الأحوال لصحة العقد الذى يقوم به النائب الا يكون العقد المذكور محرما على الأصيل •

(٢) رجع آنفا بند ١٩ وما بعده •

أشخاص آخرين مادام هؤلاء قد ارتضوهم نوابا عنهم (١) ومن هذ
كان التوكيل الذى يعطى لقاصر مميز أو لمحجور ـ خلافا للقاصر غير
المميز أو المجنون ـ صحيحا وينتج آثاره كاملة ، بمعنى أن العقد الذى
يجريه الوكيل المذكور باسم موكله ولحسابه تقع نتائجه فى ذمة الأخير
وعلة هذا أن الوسيلة فى الحالة الأولى ـ وهى ارادة القاصر المميز
أو المحجور ـ صحيحة فى ذاتها ومؤدية الى غايتها وان كان صاحبها
ممنوعا لظرف معين من استعمالها لحسابه ، بينما فى حالة القاصر غير
المميز أو المجنون نجد أن ارادته منعدمة أو فى حكم المنعدمة مما يجعلها
وسيلة غير مؤدية الى احداث آثار قانونية لا فى ذمة صاحبها ولا فى
ذمة الغير .

---

(١) لعل فى هذه الفكرة دفعا للاعتراض الذى ورد على لسان أحد أعضاء لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى (هو الأستاذ Charpentier) أثناء مناقشات اللجنة اذ قال أنه لا يسوغ فى فهمه أن يكون للشخص الممنوع من اجراء التصرف لنفسه أن يجرى ذلك التصرف لغيره ـ « أعمال لجنة تنقيح القانون المدنى » ١٩٤٧ ـ ١٩٤٨ ص ٢٢٤ ـ وأنظر نقض مدنى فرنسى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ودالوز الأسبوعى ٤٩/١٩٤٣ وسيريه ٢٣/١/١٩٣٥

« Un mandat peut être donné à un incapable dont les actes accomplis pour le compte du mandant échappent aux causes de nullité qui vicieraient les mêmes actes accomplis par l'incapable pour son propre compte ».

وقد طبقت المحكمة هذا المبدأ على حالة المرأة المتزوجة الوكيلة عن زوجها فقضت بأنه ليس لها أن تحتج بالمادة ٢١٧ من القانون المدنى الفرنسى (التى تقيد أهلية المرأة المتزوجة ـ ويلاحظ أن ذلك كان قبل صدور قانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ الذى عدل مواد المجموعة الخاصة بأهلية المرأة المتزوجة فجعلها كاملة فى حدود النظام المالى للزوج) بالنسبة للعقود التى تعقدها كوكيلة وان كان لها أن تحتج بها فى العقود التى تعقدها لنفسها خاصة .

وأيضا استئناف مصر ٧ مايو سنة ١٩٣٥ ـ محاماة ٢٩٢/١٢٢/١٦ : « انه وان كان من اللازم أن يكون الموكل راشدا الا أنه لا يشترط الرشد فى الوكيل اذ من له ثقة فى كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلا عنه تحت مسئوليته وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل أن يهتم بالتحرى عما اذا كان بالغا سن الرشد أو غير بالغ لأن معاملته من الوجهة القانونية هى مع الموكل لامع الوكيل الذى لا يخرج عن كونه لسان الموكل (كذا) فان أساء الوكيل التصرف فيجب على الموكل أن يتحمل تبعة الاساءة لمخاطرته فى الاختيار » . ونفس المبدأ : استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ٦٤٨/٩٠/١٦ .

وكذلك القاعدة التى تقضى بأن اثبات النيــابة يقع عبئه على عاتق من يستند اليها أو يدعى وجودها ، هى مما تستتبعه الفكرة المتقدمة فى طبيعة النيــابة اذ أن الأصــل أن تجتمع الغــاية من التصرف القانونى والوسيلة اليها فى شــخص واحد بمعنى أن يكون القائم بالتصرف هو الذى ترجع اليه آثاره ، فاذا كنا فى النيابة أمام غاية لشخص يتوسل اليها بارادة شخص آخر فطبيعى أن يتعين على من يدعيها اثبــاتها طبقا للقاعدة العامة فى الاثبات وهى أن عبئه يقع على من يدعى خلاف الثابت أصلا .

وأخيرا فان من شروط النيابة أن تكون لدى النائب نية تمثيل الأصيل « فلكى تترتب آثار النيابة أى لكى تقع آثار العقد الذى يعقده النائب للأصيل مباشرة يجب أن يكون لدى النائب نية تمثيل الأصيل وأن يعلم المتعاقد معه بذلك » (١) وهذا الشرط تتبين علته على ضوء فكرتنا فى طبيعة النيابة ، اذ أنه متى انتفت هــذه النية انعدمت فكرة التوسل بارادة النائب لاحداث آثار قانونية تقع للأصــيل وعليه واذن فلا تكون هناك نيابة طالما لم يكن النائب وقت اجراء العقد أو التصرف القانونى يقصد استعمال ارادته كوسيلة لبلوغ غاية تخص الأصيل وهذا واضح فى التصرفات القانونية التى تتم بارادة النــائب المنفردة أما فى العقود فاشتراط علم المتعاقد الآخر بنية النائب فى التعاقد باسم ولحساب الأصيل مفهوم طالما كانت آثار العقد مترتبة على توافق الارادتين لا على ارادة النائب وحده . هذا وان القانون لا يشترط علم المتعاقد الآخر بنية النائب فى التعاقد لأجل الأصيل فى الحالات التى يستوى فيها عند المتعاقد أن يتعامل مع الأصيل أو النائب (مادة ١٠٦) (٢) .

ومن التطبيقات الطريفة لهذا الشرط من شروط النيابة ما هو

---

(١) حلمى بهجت بدوى بند ٥١ .

(٢) أنظر فى شرط العلم بالنيابة تفصيلا ما يلى البنود ١٣٧ ـ ١٤٢ .

مقرر فقها وقضاء فى باب الفضالة (وتعنينا هنا بالذات حالات الفضالة التى تتضمن القيام بتصرفات قانونية) من أنه من عناصر الفضالة المميزة نية القيام بالتصرف لحساب وفى مصلحة رب العمل (١) بمعنى أنه اذا كانت ارادة الفضولى لم تنصرف وقت قيامه بالتصرف الى تحقيق مصلحة رب العمل ، فلا تكون هناك فضالة وبالتالى لا تكون هناك نيابة ، وذلك لانتفاء فكرة التوسل بارادة الفضولى لاحداث آثار قانونية فى ذمة رب العمل . وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية فى قضية تتلخص وقائعها فى أن احدى دور النشر الموسيقية تولت نشر ألحان معينة والدعاية لها اعتقادا بأنها قد اكتسبت حق استغلالها ، ولكن بعد وفاة الملحن طالب ورثته دار النشر بحقوقهم فى تلك الألحان التى لم تكن الدار فى الواقع قد اكتسبت حق استغلالها كما اعتقدت خطأ وقد واجهت الدار المدعى عليها دعوى الورثة بطلب من جانبها يرمى الى القضاء لها بتعويض مناسب لما قامت به من حسن ادارة مصالح الورثة وذلك على أساس الفضالة فأقرت محكمة النقض الفرنسية (٢) رفض هذا الطلب على أساس أن دار النشر لم تقم بذلك العمل بنية رعاية مصالح الغير بل بالعكس قامت به وهى تعتقد أنها المالكة الوحيدة لحق نشر تلك الألحان ومستهدفة فى ذلك مصلحتها الذاتية ، وبعبارة أخرى يمكننا أن نقول انه لم يكن الناشر فى هذه الحالة يتوسل بارادته لاحداث آثار قانونية فى ذمة الغير واذن فلم تكن هناك فضالة ولا نيابة . وكذلك قضت المحاكم الفرنسية فى دعوى رفعها مستأجر على مالك العقار المؤجر مطالبا اياه

---

(١) انظر بلانيول وبولانجيه جـ ٢ بند ١٢١٣ رواست ص ٢٢٥ - ٢٢٦ . والسنهورى : الوسيط جـ١ بند ٨٧٠ .

(٢) نقض فرنسى ٢٥ يونيو سنة ١٩١٩ - سيريه ١٨/١/١٩٢١ . ونفس المبدأ فى نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٢ سيريه ١٩٤٢/ملخصات/٤٢ :

«Le bénéfice de la gestion d'affaires peut être accordé à quiconque a volontairement agi au nom et pour le compte d'autrui..). Cass. (civ.), 28 Octobre 1942, Sirey 1942 (Sommaires) 42.

على أساس الفضالة برد مبالغ دفعها المستأجر سدادا لضرائب مستحقة على مالك العقار ، قضت برفض هذه الدعوى المبنية على الفضالة نظرا لأن دفع هذه المبـالغ كان نتيجة غلط وقع فيه أحد تابعي المسـتأجر ، وقررت المحكمة أن الفضالة تفترض في الفضولي نية العمل لمصـلحة الغير (١) ، أو بعبارة أخرى قصد التوسل بارادته لاحداث آثار قانونية في ذمة رب العمل ، ففي الصـور المتقدمة نرى أن القـائم بالتصرف القانوني لم تكن لديه وقت القيام به نية خدمة مصلحة الغير وبالتالي فلا يتصـور أن يكون قد قصد استعمال ارادته وسيلة لبلوغ غايات اقتصادية تخص الغير ، وعليه فلا تكون هناك نيابة .

٦٩ مكرر ــ ومن حالات النيابة حالتـان لا تغني عنـا في فهم أحـكامهما الا نظرية ارادة النائب بالصيغة التي طرحناها الا وهما حالة النيابة الظاهرة التي تعرفها كل القوانين الوطنية (انظر ما يلي البنود ١٢٣ ــ ١٣٥) وحالة الأصيل المستتر التي تعرفها الشريعة الاسـلامية كما يعرفها القانون الانجليزي وقانون الولايات المتحدة (أنظر ما يلي بند ١٥٤) .

ففي حالات النيابة الظاهرة لا يستقيم القول بأن لارادة الأصيل دخلا في انشاء العقد الذي يبرمه النائب الظاهر مع الغير وذلك لأن تلك الارادة متخلفة في حقيقة الواقع بل ان الزام الأصيل أحكام عقد النائب الظاهر مع الغير قد يكون على عكس ارادته الحقيقية متى توفر مظهر النيابة وأمكن نسبة ذلك المظهر الى الأصيل ، فالصحيح اذن أن يقال انه في حالات النيابة الظاهرة يقرر القانون ــ حماية للغير حسن النية ورعاية لاستقرار المعاملات ــ ان تلك الوسيلة المستعملة (أعني ارادة النائب الظاهر) مؤدية الى غايتها (أعني اكتسـاب حقـوق العقد والتحمل

---

(١) محكمة لوكسمبورج ٦ فبراير سنة ١٩٣١ ــ سيريه ١٩٣٢/٤/٢٣ .

بالتزاماته) لا فى شخص صاحبها ولكن فى شخص من خلق المظهر الموحى بوجود النيابة دون أن يكون لارادة هذا الأخير أى دخل فى تكوين العقد المبرم مع الغير .

وفى حالة الأصيل المستتر نجد أن وجود الأصيل فضلا عن شخصيته يكون مجهولا لدى من تعامل مع النائب فالعقد المبرم بينهما لا يمكن إذن أن يقال ان لارادة الأصيل دورا فى انشائه والصحيح أن ذلك العقد ناشىء عن تلاقى ارادتى طرفيه المعروف أحدهما للآخر أى تلاقى ارادة النائب وحده مع ارادة الغير المتعامل معه ، أما صرف آثار العقد الى الأصيل المستتر فمرجعه أن القانون لم ير بأسا فى التوسل بارادة النائب الى غايات اقتصادية تخص الأصيل المستتر وذلك لأن قصد اثنين من أطراف علاقة النيابة الثلاثة قد اتجه الى ذلك ولأن الطرف الثالث فيها لا يضار لكون نظام الأصيل المستتر مقتصر التطبيق على عقود المعاوضات المالية التى لا اعتبار فيها لشخص المتعاقد وأيضا لأن للغير فى ظل هذا النظام أن يختار الرجوع على النائب حتى بعد أن ينكشف له وجود الأصيل وتتحدد شخصيته بالرغم من قيام العلاقة المباشرة بينه وبين هذا الأصيل .

٧٠ — الآن وقد شرحنا فى الصفحات المتقدمة طبيعة النيابة كما نتصورها ودللنا على صحة فكرتنا بتطبيقها على بعض الأحكام الوضعية للنيابة ، نرى أنه يسوغ لنا أن نقرر أن النيابة بوضعها الحالى مظهر للاتجاه الملموس فى القانون نحو تخليص التصرف القانونى من عناصره الشكلية والذاتية ، بمعنى أن يكون للتصرف القانونى (الارادة الفردية المتجهة الى احداث آثار قانونية) كيان خاص مستقل غير متوقف على شكل معين ولا مرتبط بشخص بالذات . وبعبارة أخرى أن النيابة خطوة جديدة فى طريق الرضائية الذى بدأ من الشكلية المطلقة حين لم يكن لارادة الفرد أثر ما اذا لم تقترن بطقوس وأشكال معينة ثم وصل الى

اقرار مبدأ الرضائية فأصبحت الارادة المجردة عن أى شكل معين منتجة لآثار قانونية ولكنها آثار لاصقة بشخص من صدرت عنه الارادة لا تتجاوزه الى غيره ولو أراد هذا الغير ذلك أو اقتضته مصلحة جديرة بحماية القانون ، الى أن انتهى الأمر الى تخليص الارادة من قيد الارتباط بالشخص كما تخلصت من قبل من قيد الارتباط بالشكل — وذلك باقرار نظام النيابة بشروطه وأحكامه المعروفة فاذا بالارادة الفردية وقد استقلت عن الأشكال تستقبل أيضا عن الأشخاص ويصير لها كيان قانونى مجرد (١) قابل لاحداث آثار قانونية تلحق شخصا غير الذى صدرت عنه الارادة وذلك فى كل حالة من حالات النيابة التى نظمها القانون أى كلما أراد صاحب الشأن ذلك وهو ما نراه فى حالات النيابة الاختيارية (الاتفاقية) ، أو اقتضته مصلحة جديرة بحماية الشارع وهو ما يصادفنا فى حالات النيابة الضرورية (القانونية) .

---

(١) من مظاهر هذا الكيان القانونى المجرد الحكم الذى تضمنته المادة ٩٢ من القانون المدنى المصرى ونصها « اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه » .. فهنا نرى الارادة وقد أصبح لها كيان خاص مجرد عن شخص من صدرت عنه بحيث يبقى قائما ولو زال ذلك الشخص حقيقة أو حكما .

الكتاب الثانى

أحكام النيابة



الباب الأول

فى نشأة النيابة ومداها

الفصل الأول

الانـــابة

٧١ ـ صفة النائب فى القيام بالتصرف القانونى الذى تنصرف آثاره الى الأصيل لها مصدران فهى اما أن تستمد من ارادة الأصـــيل واما أن تستند الى القانون ولذلك قالوا ان النيـــابة نوعان : اتفـــاقية وقانونيـــة ـ والأصـــح أن يقـــال ارادية وقانونية اذ النوع الأول مصـــدره ارادة الأصـــيل (وسنرى أن تلك الارادة قد تتجلى فى غير اتفاق) والنوع الثانى مصدره القانون . (١)

والنوع الأول من نوعى النيابة الذى اصطلح على تسميته بالنيابة الاتفاقية يتميز بخاصيتين نجدهما فى جميع تطبيقاته وهما : (١) وجود تصرف ارادى صادر من الأصيل لاسباغ صفة النيابة على النائب و (٢) الطابع الاختيارى لهذه النيابة بمعنى أن الأصيل يستطيع من حيث المبدأ أن يتولى التصرف بنفسه ولكنه يختار أن ينيب فيه عنه النائب .

---

(١) تنص المادة ١٠٩ من القانون المدنى الاردنى الجديد على أنه « تكون النيابة فى التعاقد اتفاقيـــة أو قانونية » . والملاحظ أن المواد الثـــلاث الأولى من مواد النيابة فى التقنين الاردنى تتناول عموميات كان يصح أن يستغنى عن ايرادها التشريع ، أما باقى مواد النيابة فيه فهى مطابقة لما يقابلها فى القانون المدنى المصرى عدا المادة ١١٣ (أنظر حاشيته البند ١٥١ أدناه) .

أما النوع الثانى المسمى بالنيابة القانونية فطابعه المميز فقدان أية ارادة للأصيل فى انشاء الانابة من جهة وضرورة وجود تلك النيابة لعجز الأصيل عن مباشرة التصرف بنفسه من جهة أخرى •

لهذا يمكننا أن نقسم حالات النيابة جميعها الى نوعين :

١ــ نيابة اختيارية ، مصدر الأنابة فيها ارادة الأصيل وانشاء هذا النوع من النيابة أو عدم انشائه وكذلك تعيين شخص النائب أمر متروك لمطلق اختيار الأصيل اذ تنتفى أية ضرورة تدعو بوجه حتمى الى أن يحل محله فى التصرف نائب عنه أو أن يكون تعيين شخص النائب موكولا الى غيره •

٢ ــ نيابة ضرورية ، مصدر الانابة فيها القانون ولا مدخل لارادة الأصيل فى انشائها ولا فى تعيين شخص النائب ، بل أن تلك الارادة فى معظم صور النيابة الضرورية معدومة أو ناقصة فى ذاتها ولهذا احتيج الى هذا النوع من النيابة لامكان القيام بتصرفات قانونية لحساب الأصيل ومن هنا جاءت صفتها الضرورية •

وتعيين شخص النائب فى النيابة الضرورية قد يتولاه القانون مباشرة كما فى ولاية الأب والجد وقد يتولى القضاء تعيين شخص النائب كما فى الوصاية ــ ولذلك قال البعض بوجود ما سموه بالنيابة القضائية (١) ــ وقد يكون تعيين النائب راجعا الى ارادة شخص آخر

---

(١) الحراسة القضائية تدخل فى باب النيابة الاختيارية بالنسبة لطالب الحراسة (ان كان شريكا فى المال محل الحراسة) لأن منشأها عمل ارادى من الأصيل هو رفع دعوى الحراسة أما تعيين شخص النائب فيلجأ فيه الى القضاء لتعدد أصحاب الشأن وعدم اتفاقهم ، وبالنسبة للمدعى عليه فى دعوى الحراسة نكون أمام حالة نيابةضرورية لأن ارادته لم تتدخل فى انشائها بل هى تفرض عليه برغمه كما أن الضرورة قائمة بسبب العجز الواقعى عن التصرفات القانونية المتعلقة بالمال المشترك نظرا لوجود النزاع • قارن عبد الحكيم فراج : الحراسة القضائية فى التشريع المصرى ، القاهرة ١٩٥٢ بند ٥٣ ص ٥٣ حيث يستعمل التقسيم الثلاثى التقليدى الى نيابة اتفاقية ونيابة قانونية =

غير الأصيل كما في حالة الوصي المختار ــ واخيرا نجد حالة من حالات النيابة الضرورية يستند تعيين شخص النائب فيها الى ارادته هو وهى حالة الفضالة فالفضولي يتولى شأن رب العمل من تلقاء نفسه والقانون يعتبر التصرف الذى يعقده الفضولى مع الغير نافذا فى حق رب العمل متى توافرت شروط الفضالة ، أما اعتبار النيابة هنا ضرورية برغم توافر الارادة لدى الأصيل فى معظم الحالات فمرجعه الى حالة واقعية عارضة لا الى نقص قائم بارادة الأصيل اذ المفروض فى الفضالة أن رب العمل ليس حاضرا ليتولى شأنه العــاجل بنفسه ومن هنا أوجد القانون هذه الصــورة من صور النيابة الضرورية التى لا مدخل فى انشائها لارادة الأصيل والتى يكون تعيين شخص النائب فيها راجعا لارادة هذا الأخير نفسه •

٧٢ ــ واذا كانت النيابة الضرورية التى مصدرها القانون بينة المعالم واضحة الحدود بفضل استمدادها من نصوص صريحة لا يتسع معها للنظر مجال ولا يعرض لاختلاف الرأى داع الا قليلا ، فان النيابة الاختيارية التى مصدرها الارادة ليس هذا شأنها بل ان فى تعيين منشئها وفى بيان حدودها وفى ايضاح معالمها مجالا كبيرا للاجتهاد ويعرض بشأنه من المنازعات فى العمل ما يقتضى المشرع والفقهاء تخصيص جانب من اهتمامهم بهذا النوع من نوعى النيابة •

وارادة الأصيل المنصرفة الى اعطــاء النائب صفة النيابة تتمثل

= ونيابة قضائية ويعتبر الحراسة نيابة قانونية لأن القانون هو الذى يحدد نطاقها ويبين حالاتها واركانها وآثارها كما يعتبرها نيابة قضائية لأن القضـاء هو الـذى يضفى على الحارس صفته •

فيمـــا نسـميه بالإنابة Habilitation (١) فالانابة تصرف قانونى بمقتضاه يخول الأصيل نائبه مكنة اجراء تصرف مع الغير تنصرف آثاره الى الأصيل وعادة تكون الانابة مرتبطة بعقد بين النائب والأصيل غالبا ما يكون وكالة ومن هنا نشأ الخلط بين الانابة والوكالة (أو بوجه عام العقد المرتبطة به الانابة) وهـو ما يجب الاحتراز منه لحســن فهم الموضوع اذ أن الانابة وان كثر اجتمـاعها مع الوكالة أو مع غيرها من العقود تتميز عنها بطبيعتها ولا تختلط بها ٠

لذلك كان نص المادة ١٩٨٤ من القـانون المدنى الفرنسى موضع انتقاد الشراح من زمن غير قصير لأن ذلك النص اذ يقرر أن « الوكالة أو الانابة تصرف بمقتضاه يخول شخص لآخر سلطة اجراء عمل لأجل الموكل وباسمه » (٢) ، يخلط بين الوكالة والانابة اذ يصرف الى كليهما

---

(١) هذا المصطلح الفرنسى لا يرجع استعماله الا الى عهد قريب نسبيا ولم يدع بعد تمام الذيوع (أنظر مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص الصادر سنة ١٩٥٥ وكتاب فرانسوا ريجو المطبوع سنة ١٩٦٣) والمصطلح القديم الذى لا يزال جاريا على أقلام الكثيرين هو procuration وتعريفه عند بوبسكو ـ رامنسيانو (١٩٢٧) هو :
« La procuration est l'acte juridique par lequel une personne donne le pouvoir à une autre de la représenter vis-à-vis des tiers en général ou vis-à-vis d'un certain tiers». Popesco-Raminceano, pp. 415-416.

والمصطلح الفرنسى الجديد أفضل من القديم لأن لفظ procuration متعدد الدلالات فقد يعنى الانابة فى ذاتها وقد يعنى الوكالة (وهذا هو استعماله الأصلى كما فى المادة ١٩٨٤ مدنى فرنسى حيث هــذا اللفظ ولفظ الوكالة mandat مترادفان) وقد يعنى الورقة المثبتة للوكالة ، أو ما يسمى فى العرف الجارى « التوكيل » وهكذا فان استعمال هذا اللفظ المشترك مدعاة للخلط فى الفرنسية أما المصطلح الفرنسى الجديد فهو أدق فى تأدية المعنى لاختصاصه بالانابة على الوجه الذى تعرفه نظرية النيابة الحديثة ٠ أما فى العربية فان استعمال لفظ الانابة يعفينا من كل هذا الحرج ٠

وتنبغى الاشارة الى أن القانون المدنى المصرى استعمل لفظ الانابة بصدد وضع لايمت للنيابة بالمعنى الدقيق ونعنى به الانابـة فى الوفـاء فى (المواد ٣٥٩ ـ ٣٦١) فيجب الاحتراز من الخلط بينها وبين الانابة التى نحن بصددها ٠ أنظر تفصيل ذلك فيما يلى بند ١٦٤ ٠

(٢)
« La procuration est l'acte juridique par lequel une personne donne le pouvoir autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom », art. 1984, c.c.f.

نص التعريف (١) بينما الواقع أن الوكالة بطبيعتها عقد تبادلي يستلزم توافق ارادتي الموكل والوكيل ومؤداه التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل ، والانابة تصرف بارادة منفردة هي ارادة الأصيل بسبغ بمقتضاها على النائب صفة النيابة فيمكنه من القيام بتصرف قانوني تعود آثاره على الأصيل دون النائب (٢) .

ويحدث في العمل أن تجتمع الوكالة والانابة وذلك حين تكون للوكيل سلطة اجراء التصرف بحيث تعود آثاره مباشرة على الموكل ولكن يحدث أيضا أن تكون الوكالة غير مرتبطة أصلا بانابة وذلك حين يكلف الوكيل باجراء عمل قانوني لحساب الموكل دون أن تنصرف آثار ذلك العمل مباشرة الى الموكل بل تنصرف أولا الى الوكيل

---

(١) بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٢٢٣ ـ ٢٢٤ حيث ينقل المؤلف عن اوبرى ورو قولهما أن المادة ١٩٨٤ تعرف فى الواقع الانابة أكثر من تعريفها عقد الوكالة .

(٢) أنظر حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٤ يونيو ١٩٥٤ ـ مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية (المكتب الفنى) السنة الخامسة رقم ١٤٩ ص ٩٧١ :

« التوكيل عقد لا يتم الا بقبول الوكيل فاذا لم يثبت هذا القبول من اجراء العمل الموكل فيه أو من أى دليل آخر مقبول قانونا انتفت الوكالة ولم يبق الا مجرد ايجاب بها من الموكل لم يقترن بقبول من الوكيل .. »

والحكم لم يعتبر اعلان الحكم الابتدائى الى «وكيل» الخصم صحيحا حيث تم تسليم الصورة لشيخ البلد بعد أن رفض المعلن اليه الاستلام وقرر أنه ليس وكيلا ، وذلك رغم تقديم المستأنف لصورة رسمية من التوكيل اكتفت بها محكمة الاستئناف ثم رأت محكمة النقض خلاف ذلك على ما تقدم .

وهذا الحكم سليم حتى على اعتبار التوكيل « انابة » صادرة عن ارادة الأصيل الفردية كما هو تكييفه الصحيح وذلك لأن الانابة « رخصة » للنائب فى التصرف على وجه يلزم الأصيل ولكن لا « التزام » عليه بذلك فهذا الالتزام انما ينشأ عن الوكالة وهى عقد لا يقوم الا بايجاب يصادفه قبول على ما قرره الحكم . ولما كان ثابتا من وقائع النزاع أن النائب فى صورة هذه الدعوى لم يستعمل الرخصة التى خولته اياها الانابة بل على العكس رفض أن يتصرف بمقتضاها فلا وجه لالزام الأصيل بتصرفه ويكون قضاء الحكم فى اعتباره الاعلان غير صحيح قضاء متفقا والقواعد العامة فى النيابة ومتمشيا مع التفرقة بين « سلطة » النائب وبين « التزام » الوكيل . أنظر ما يلى بند ٧٨ .

الذى ينقلها بعد ذلك الى موكله بتصرف جديد تنفيذا لعقد الوكالة (١).

٧٣ — ولعل كثرة اجتماع الوكالة والانابة فى العمل هى السبب فى الخلط بينهما أول الأمر وفى اعتبار الانابة عنصرا من عناصر عقد الوكالة (٢) الا أن الفقه الحديث قد عمل على احكام التمييز بين الوكالة والانابة وقد اتبعت هذا الهدى القوانين الحديثة كالقانون المدنى الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى (٣) كما أن القانون المدنى المصرى اذا عرف الوكالة فى المادة ٦٩٩ منه بأنها « عقد بمقتضاه يلتزم

---

(١) وهذه هى حالة الوكالة بالعمولة commission التى أصبحت لها اهمية بالغة فى الحياة التجارية الحديثة فهذا النوع من الوكالة هو وكالة من غير انابة — وكذلك الوكالة المسماة اصطلاحا بالاسم المستعار prête-nom وهى التى لا يظهر فيها الموكل فى التصرف الذى يجريه الوكيل . أنظر حكم النقض الفرنسى (عرائض) ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعى ١٩٣٦/١٦٢ حيث رتبت المحكمة على عدم نيابة الوكيل عن الموكل نتيجة عملية هامة من الوجهة الضرائبية وهى استحقاق الرسم النسبى على انتقال الملكية مرتين مرة على عقد الوكيل مع الغير ومرة أخرى على حكم صادر باعتبار المشترى وكيلا فى الشراء عن أبيه الذى يصبح المالك الوحيد .

وأنظر حكم النقض ١٥ ابريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥/٦٢/١٧٠ وحكم النقض ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ « مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما » ج٢ ص ١٢٣٥ رقم ٨ وحكم طنطا الابتدائية ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ القسم الثانى رقم ٥٤ ص ١٠٣ « اذا كان منشأ التزام الكفيل بطريق الوكالة المستترة وهى التى يتعامل فيها الوكيل مع الغير باسمه خاصة الا أنه فى الحقيقة يتعامل لحساب موكله فهو يعتبر أمام الغير أصيلا فى الالتزام الا أنه فى علاقته مع موكله يعتبر وكيلا » . بالمعنى نفسه نقض مدنى ٢٥ ابريل ١٩٦٣ — مجموعة المكتب الفنى ١٤/٨٤/٥٧٩ .

(٢) لا تزال قلة ضئيلة من الشراح ماضية فى ذلك الخلط بين الوكالة النيابة وبخاصة الفقيه البلجيكى دى باج الذى يقول ان « النيابة هى العنصر الجوهرى لعقد الوكالة » وهو من ثم يرى أنه لا نيابة الا حيث توجد الوكالة ولذا لا يرى فى الفضولى نائبا نتيجة لانتفاء صفة الوكيل عن الفضولى ، أما حالات النيابة التى يسميها بالقانونية أو القضائية فهو يؤسسها على « وكالة غير تعاقدية » (دى باج ، جـ ٥٥ ، الفقرات ٣٦٦ — ٣٧١)

De Page : Traité élémentaire du droit civil belge, 10 tomes, 1943-1950, t. V, Nos. 366-371.

وانظر مثل هذا الخلط بين الوكالة والانابة عند جان كاربونييه : نظرية الالتزامات . باريس ١٩٦٣ ص ٢١٢ .

(٣) فون توهر ص ٢٨٨ .

الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل » قد وضعها فى موضعها الصحيح باعتبارها عقدا بين الطرفين تنشأ عنه التزامات متبادلة أخصها التزام الوكيل بالقيام بالعمل لحساب الموكل ، ولم يشر فى تعريفها الى اسباغ صفة النيابة على الوكيل بخلاف نص المادة المقابلة من القانون القديم التى كانت تنص (م ٥١٢) على أن « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شيء باسم الموكل وعلى ذمته .... » وهو تعريف يتمشى الى حد كبير مع تعريف القانون المدنى الفرنسى .

واذن فقانوننا المدنى قد عنى بهذه التفرقة بين الوكالة وبين الانابة وهو لذلك قد فصل « عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام « فوضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة ... «وجعل عقد الوكالة فى مكانه بين العقود المسماة التى ترد على العمل اذ « الوكالة محلها عمل الوكيل . وقد روعى بعد فصل الوكالة عن النيابة « ألا تتكرر النصوص فى الموضعين فاختصت النيابة بالمبادىء العامة « دون نظر الى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون وعرض المشروع « فيها بنوع خاص الى أثر النيابة فى العلاقة مع الغير الذى يتعاقد معه « النائب ، أما الوكالة فباعتبارها عقدا بين الوكيل والموكل فقد تركزت « فيها أحكام النيابة مخصصة من ناحيتين :

« من ناحية المصدر فهى نيابة اتفاقية مصدرها العقد ، ومن ناحية « الأثر فهى تقف بنوع خاص عند أثر النيابة فى علاقة الوكيل بالموكل « أى النائب بالأصيل أما العلاقة بالغير فقد وردت فى الوكالة أحكامها « الخاصة بالنيابة الاتفاقية مع الاحالة على مبدأ النيابة بوجه عام فى الأحكام الأخرى (١) » .

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى (على النصوص الخاصة بالوكالة) ويلاحظ على صياغة المذكرة الايضاحية شيء من عدم الدقة فى الاشارة الى « العقد » بوصفه مصدر الانابة الاتفاقية بينما مصدر تلك الانابة هو على الدقة ارادة الأصيل التى تتميز عن العقد الذى تصدر بمناسبته (وكالة كان أو غيره) كما هو مشروح بالمتن .

٧٤ ـ والتفرقة بين الوكالة وبين الانابة ترجع الى كون الوكالة عقدا يلتزم بمقتضاه الوكيل بالقيام بتصرف قانونى لحساب الموكل ولكن الوسيلة الفنية التى يتم بها ذلك التصرف ليست من جوهر عقد الوكالة ولا من عناصره فالوكيل قد ينفذ التزامه بالقيام بتصرف معين لحساب موكله عن طريق التعاقد مع الغير باسمه خاصة ثم نقل حقوق العقد والتزاماته الى موكله بتصرف جديد كما أن الوكيل قد ينفذ التزامه بالقيام بالتصرف القانونى بطريق النيابة بأن يتعاقد باسم الموكل فتقع آثار تصرفه مباشرة فى ذمة هذا الأخير وذلك فى الحالات التى يكون للوكيل فيها تلك المكنة ، مكنة اجراء تصرف تقع آثاره مباشرة فى ذمة موكله وتلك المكنة هى التى نسميها بالانابة .

واذن فليس هناك ارتباط حتمى بين الوكالة وبين النيابة فخصيصة الوكالة هى التزام الوكيل باجراء تصرف قانونى لحساب الموكل أما طريقة اجراء الوكيل لذلك التصرف فليست من عناصر الوكالة ، والوكالة بوصفها عقدا بين الموكل والوكيل تقوم مستوفية الأركان والعناصر فى كل حالة يبرم فيها الوكيل تصرفا قانونيا لحساب موكله ولو كان ذلك باسم الوكيل خاصة وفى هذه الحالة لا تكون لدينا نيابة . كما أن الوكيل قد يبرم التصرف باسم الموكل فتقع آثار تصرفه مباشرة فى ذمة هذا الأخير وذلك متى اقترنت الوكالة بانابة صادرة من الموكل للوكيل وهذه الحالة وحدها تدخل ضمن نطاق النيابة ، ولعلها فى العمل أكثر حالات الوكالة ذيوعا غير أن ذلك الاقتران بين الوكالة والانابة ليس معناه الخلط بينهما فان حصول التصرف بطريق النيابة او عدم حصوله بطريقها ليس متوقفا على وجود عقد وكالة او عدم وجوده وانما هو

يتوقف على وجود الانابة أو انتفائها (١) والانابة مكنة لا ترتبط بعقد الوكالة بوجه حتمى وان اقترنت به فى أغلب الأحوال •

٧٥ — هـــذا وان لعقد الوكالة الذى لا ترتبط به انابة أمثلة ذائعة فى العمل يندرج أغلبها تحت ما اصـطلح على تسميته « بالاسم المستعار » فالاسم المستعار وكيل كسائر الوكلاء تربطه بموكله أحكام عقد الوكالة غير أنه وكيل غير نائب فهو اذ يتصرف لحساب موكله انما يتصرف باسمه هو لا باسم الموكل ولذلك لا ينطوى هذا الوضع على نيابة لانتفاء التعامل باسم الأصـيل (٢) . وهكذا نجدنا بازاء وكالة استوفت جميع أركانها وشرائطها وهى مع ذلك غير مرتبطة بأية انابة ومن هنا انتقد واضعو القانون المدنى الحالى بحق نص المادة ٥١٢ من القانون القديم لأنها اذ قيــدت الوكالة بحصول التعامل باسم الموكل أصبحت تضيق عن استيعاب حالات لاشك فى اعتبارها تطبيقات للوكالة تسرى عليها أحكام ذلك العقد (٣) •

ولئن كان من اليسير تعداد الأمثلة على الوكالة التى لا ترتبط بانابة فلقد يبدو من العسير ضرب المثل لحالات فى العمل تنطوى على انابة مجردة عن عقد الوكالة ، غير أن الواقع أن فى الحيــاة العمليــة

---

(١) فلاتيه : « العقود لحساب الغير » باريس سنة ١٩٥٠ بند ٥٤ ص ٧٠ •

« Il est nécessaire de bien poser les limites existant entre le mandat et « la représentation. Celle-ci est le moyen technique de faire des actes juridi- « ques pour le compte d'autrui, en ses lieu et place. Le mandat est une con- « vention par laquelle une personne promet à une autre de faire des actes « juridiques. Mais le mode de réalisation de ces actes n'est pas forcément « établi par le mandat. Ce mode, représentation ou non représentation, découle « d'un pouvoir doné au représentant ou de son absence ».

Flattet : « Les contrats pour le compte d'autrui », Paris, 1950, No. 54, p. 70.

(٢) نقض فرنسى (عرائض) ١٠ فبراير سنة ١٩٣٦ — دالوز ٩٢/١/١٩٣٧ وعضو الدائرة المقرر فى هذه القضية هو المستشار بيلون صاحب الرسالة المعروفة فى النيابة (كان سنة ١٨٩٧) • وكذلك الوكيل بالعمولة فهو وكيل غير نائب لكونه يتعاقد باسمه لا باسم موكله ، أنظر نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٦٣ — مجموعة المكتب الفنى ٧٣٦/١٠٤/١٤

(٣) المذكرة الايضاحية — مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ١٨٥ •

أمثلة كثيرة لانابة تصدر مستقلة عن أية وكالة بين الأصيل والنائب ، وان كان ممـــا يصعب مهمة الاستدلال على تلك التطبيقات للانابة المجردة عن الوكالة ما درج عليه الفقه التقليدى من القول بافتراض قيام الوكالة أو القول بوجود وكالة ضمنية فى كل حالة ينصرف فيهـــا أثر تصرف النائب الى الأصيل مباشرة •

فمن أمثلة الانابة المرتبطة بعقد آخر غير عقد الوكالة حالة موظف المحل التجارى الذى يتولى البيع للجمهور فهو يبرم تصرفات ينصرف أثرها مباشرة الى الأصيل صاحب المحل بموجب انابة صادرة من ذلك الأصيل ارتضى بمقتضاها ايقاع آثـــار تصرف ذلك الموظف مع زبن المحل فى ذمته رأسا ، أما العقد الذى يربط صاحب المحل بنائبه ذاك والذى صدرت بمناسبته الانابة فليس عقد وكالة وانما هو عقد عمل والالتزامات المتبادلة بين طرفيه ليست الالتزامات الناشئة عن عقــد الوكالة وانما هى تلك التى يرتبها عقد العمل • وشبيه بهذا المثال وضع « الوكلاء » المفوضين للشركات المساهمة فهؤلاء موظفون لدى تلك الشركات تربطهم بها عقود عمل وتصدر لهم بمناسبة تلك العقود انابة خارجية موجهة الى الغير فى صورة منشورات تبين صفات « الوكلاء » المفوضين ونطاق سلطاتهم فاذا أبرم « الوكيل » المفوض تصرفا مع الغير باسم الشركة فى حــدود مكنته انصرف أثر تصرفه الى الشركة رأسا بمقتضى تلك الانابة الصادرة بمناسبة عقد العمل والمجردة عن كل عقد وكالة •

٧٦ ــ وربمـــا تراءى للبعض أن يقول فى هـــذين المثالين وما شابههما ان هناك الى جوار عقد العمل وكالة ضمنية بين الأصـــيل والنائب غير أن هذا القول لا يخرج عن كونه افتراضا محضا لا يؤيده واقع الحال •

فالواقع الملموس هو أن الرابطة التعاقدية بين الأصيل ونائبه فى المثالين المتقدمين تتمثل فى عقد عمل هو الذى ينظم علاقتهما وهو الذى يحكم التزاماتهما المتبادلة دون عقد الوكالة المفترض • وذلك الافتراض ربما كان هناك ما يبرره فى الماضى عندما كان كيان النيابة لم يستو بوصفها نظاما مستقلا ينتظم الوكالة ولا يقتصر عليها أما الآن وقد استوى للنيابة كيانها الخاص كما أحكم الفقه التمييز بين الانابة وبين ما ترتبط به فى العمل من العقود وأخصها الوكالة ، فلا محل مطلقا للذهاب فى كل حالة نجد فيها انابة مجردة عن عقد الوكالة الى القول بأن هناك وكالة ضمنية تربط النائب بالأصيل ، وانما هى انابة صادرة عن ارادة الأصيل بمناسبة رابطة تعاقدية بينه وبين النائب ليس من الحتم أن تكون رابطة وكالة •

وكثيرا ما تكون الانابة المرتبطة بعقد عمل غير مفرغة فى سند مكتوب بل تستخلص من وضع العامل أو من مسلك رب العمل ، وهنا نكون أمام حالة نيابة ناشئة عن وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل (البند ٩٢ أدناه) أو فى حالة من حالات النيابة الظاهرة التى سنتناولها فى الفصل الثالث من هذا الباب ، أو قد تخلص الانابة من أحكام عقد العمل نفسه ان لم يكن للعامل وضع منشىء لنيابة ولا لرب العمل مسلك منبىء عن وجودها وفى مثل هذه الحالة الأخيرة قضت محكمة النقض المصرية بأنه « لتقرير ما اذا كانت آثار العقد تنصرف الى الأصيل أولا تنصرف يتعين بحث العلاقة بينه وبين من ادعى الوكالة عنه ، ومن ثم فلا تثريب على محكمه الموضوع فى اعتمادها على عقد العمل المبرم بين الأصيل وبين مدعى الوكالة فى نفى قيام وكالة بينهما ولا يجدى المتعاقد الآخر القول بأنه لم يكن طرفا فى عقد العمل المشار اليه اذ كان عليه أن يتحرى صفة من تعاقد معه وحدود تلك

الصفة وله فى سبيل ذلك الاطلاع على السند الذى يحدد علاقته بمن ادعى الوكالة عنه فان قصر فى ذلك فعليه تبعة ذلك التقصير » (١) .

هذا وأن بعض التشريعات الأجنبية تضمنت نصوصا تتناول انابة تصدر من الزوجة الى زوجها بمناسبة الزواج ومن أحكام هذه الانابة فى تلك التشريعات ما ينتفى معه قطعا امكان افتراض الوكالة ولا يبقى الا القول بوجود انابة صادرة من الزوجة الى زوجها مجردة عن كل وكالة . فالمادة ١٥٧٧ من القانون المدنى الفرنسى تنص على أنه « اذا أنابت الزوجة زوجها فى ادارة أموالها الحرة مع اشتراطها عليه تقديم الحساب فيكون مسئولا قبلها كمسئولية الوكيل » . ومفهوم المخالفة من هذا النص ، أن انابة الزوجة لزوجها فى ادارة أموالها الحرة (الخارجة عن الدولة) اذ لم تقترن بشرط صريح يلزمه بتقديم الحساب فمقتضاها عدم التزام الزوج بشىء من ذلك وانما هو يتصرف فى ادارة تلك الأموال تصرفات تقع آثارها فى ذمة الزوجة مباشرة دون أن يقدم عن ذلك أى حساب . ومثل ذلك نص المادة ١٤٠١ من القانون المدنى اليونانى : « اذا عهدت الزوجة الى زوجها بادارة أموالها الخارجة عن الدولة دون مشارطة خاصة بتقديم حساب عنها فلا يلزم الزوج ولا ورثته برد الدخل المتحصل من هذه الادارة » . فهنا نجدنا أمام شخص يتصرف تصرفات تلزم غيره رأسا وهو مع ذلك غير مسئول عن تقديم حساب ولا عن رد حصيلة تلك التصرفات وذلك بصريح النص التشريعى . ومتى كان الأمر كذلك فلا يسوغ تفسير هذا الوضع على أنه يتضمن وكالة ضمنية من الزوجة لزوجها لأن من الالتزامات الجوهرية التى يرتبها عقد الوكالة فى ذمة الوكيل الالتزام بتقديم الحساب وبرد ما تحصل لحساب الموكل « والتزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته من مستلزمات وجود عقد التوكيل نفسه وهذا

(١) نقض ٢ يناير ١٩٦٩ ـ المحاماة ٥٠/٣٠٧/١١٧ .

الالتزام لا يسقط الا اذا أعفـــاه الموكل منه اعفـــاء واضـــحا جليا » (١) • وعلى ذلك فاذا كان هذا الالتزام لا يقــوم بين الزوج وزوجته فى هذا المثال الا اذا اشترطته الزوجة صراحة وينتفى بمجرد السكوت عنه فالرابطة بين الزوجين فى مثالنا لا يمكن اذن أن تكون عقد وكالة وانما انصراف أثر تصرفات الزوج الى الزوجة رأسا هــو بحكم الانابة التى تصدر منها له غير مرتبطة بأية وكالة •

فالأوضاع المتقدمة جميعا تتضمن كما رأينـــا انابة مجردة عن الوكالة أى صادرة بمناسبة روابط قانونية أخرى خلاف عقد الوكالة غير أن مقتضى قاعدة تميز الانابة عن العقد الذى ترتبط به أو تصدر بمناسبته لا يقف عند هذا الحد من تمييز الانابة عن الوكالة ، بــل بذهب الى امكان تصور انابة لا تستند أصــلا الى أية رابطة سابقة بين النائب والأصيل بل هى انابة قائمة بذاتها غير مرتبطة بأى عقد بين الأصيل والنائب وكالة كان أو غيره • ومثال ذلك :

شخص يتصرف باســم شخص آخر وفى ظنه أنه يقوم بعمــل فضولى فى حالة لا تتوافر فيها شروط الفضالة ويكون صاحب الشأن فى نفس الوقت ــ وعلى غير علم من المتصرف ــ قد أصـــدر انابة خارجية وجهــا الى الغير يخــول بمقتضاها للمتصرف مكنة ابــرام التصرف فاذا تعامل الغير الذى وجهت اليه الانابة مع المتصرف فان أثر التصرف يقع فورا ومباشرة فى ذمة الأصيل اعمــالا لحكم النيـــابة وبلا حاجة لاقرار لاحق من الأصيل وتكون لدينـــا اذن انابة قائمة

---

(١) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة السنة ١٠ رقم ١٦ ص ٦٢ • ىل أن من أحكام القضاء ما ذهب الى أن كل شرط يخالف التزام الوكيل بتقديم الحساب وبرد المبالغ التى قبضها يعتبر شرطا غير قائم ــ أنظر استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٨٩١ البلتان السنة ٣ ص ١٦٩ •

بذاتها لم تسبقها ولم ترتبط بها أية رابطة تعاقدية بين الأصـــــيل والنائب (١) .

٧٧ ــ ولا شك فى أن كثرة الالتجاء الى فكرة الوكالة الضمنية لتفسير حالات النيابة من غير وكالة هى من آثار ذلك الخلط القديم بين الوكالة والنيابة أو بالاحرى هى من آثار عدم التعرف على النيابة كنظام قانونى قائم بذاته غير مختلط بعقد الوكالة ولا مستمد منه ولذا كان الشراح كلما واجهتهم حالات تعود فيها آثار تصرف شخص على شخص آخر دون أن يربطهما عقد وكالة يعمدون الى فكرة الوكالة الضمنية معللين تلك النتيجة بوجود عقد وكالة ضمنى بين الأصـــيل والنائب وقد يسمونه وكالة قانونية اذا كان القانون هو الذى ينص على تلك النتيجة كما فى حالة « الوكالة القانونية » لربان السفينة أو يكتفون بالاستناد الى وكالة ضمنية يفترضون أنها تربط الأصـــيل والنائب اذا كان رجوع آثار تصرف النائب الى الأصيل غير مستند الى نص تشريعى يقرر ذلك الحكم صراحة .

ولعل من الأمثلة البارزة على خطأ استعمال فكرة الوكالة الضمنية ما وقع فى أواخر القرن الماضى حين استعارت بعض التقنينات الأوروبية من القانون التجارى الألمانى تنظيم النيابة عن التجار فى الأعمـــال التجارية ونظامها فى القانون الألمانى قائم على أساس الانابة الصادرة عن ارادة الأصيل وحده (٢) والتى لا ترتبط بأى عقد وكالة ، فقد تبنى قانون التجارة الايطالى الصـــادر فى سنة ١٨٨٢ هـــذا النظام (م ٣٧٠) كما تبعه قانون التجارة الأسبانى (م ٢٨٦) وقانون التجارة البرتغالى (م ٢٤٩) وقانون التجارة الرومانى (م ٣٩٥) وهكذا فان

---

(١) انظر بوبسكو ــ رامنسيانو ص ٤٣١ وفون توهر ص ٢٨٨ ــ ٢٨٩ .

(٢) أو بالأحرى المترتبة على وضع يشغله النائب بالنسبة للاصيل ، أنظر ما يلى بند ٩٢ تحت رقم ٣ .

هذه التقنينات الأربعة قد استعاوت وضعا يقوم فى القانون الذى ينتمى اليه أصلا على أساس فكرة الانابة المتميزة عن الوكالة بينما هذه التقنينات المستعيرة كانت فى ذلك الوقت لا تميز بين الوكالة والنيابة وتعتبر الثانية مجرد عنصر من عناصر الاولى ولذلك اضطرت هذه التقنينات الى الالتجاء الى « الوكالة الضمنية » وذكرتها صراحة فى نصوصها فى حين أنه كان مما لا يخفى على المتأمل أن فكرة الوكالة لا تتسق مع نظام يقوم على أساس تعبير منفرد عن ارادة التاجر (الأصيل) يدرجه فى السجل التجارى أو يسجله فى قلم كتاب المحكمة التجارية وتحدد سلطة النائب فى هذا النظام لا ارادة « الموكل » بل نصوص القانون التى لا يملك الأصيل معها أن يضيق من دائرة الاعمال التى يستطيع الممثل التجارى أن يقوم بها ما لم يتم عزله فى الأحوال المعينة وبالأوضاع المرسومة التى ينظمها القانون (١) •

وحاصل القول أن الانابة وان ارتبطت فى العمل أكثر ما ترتبط بعقد الوكالة الا أنها تتميز عنه ولا تختلط به وهى كما ترتبط بالوكالة قد ترتبط بغيرها من الروابط التعاقدية بين الأصيل والنائب بل وقد لا يصعب تصور الانابة مستقلة بكيانها ومتحققة الوجود رغم انتفاء كل رابطة تعاقدية بين النائب وبين الأصيل •

٧٨ ــ ونرى أنه يخلص من المذهب الحديث فى التفرقة بين الوكالة باعتبارها عقدا تترتب عليه التزامات متبادلة وبين الانابة باعتبارها ارادة صادرة عن الأصيل مخولة النائب صفة النيابة تمييز

---

(١) ريجو ص ٥٦ F. Rigaux : Le statut de la représentation en droit international privé comparé, Leiden 1963, (Bibliotheca Vissariana, t. XX), p. 56.

وانظر عرضا موجزا لهذا النظام المسمى prokura الذى جاء به قانون التجارة الألمانى فى شميتهوف ص ١٢٠ ــ ١٢١ حيث ينقل عن جيركه قوله أن هذا النظام يعتبر انتصارا كاملا للمذهب القائل بالتفرقة بين العلاقتين الداخلية والخارجية •

واضح بين سلطة النائب فى القيام بعمل قانونى تعود آثاره مباشرة على الأصيل وبين التزام الوكيل بالقيام بالعمل القانونى لحساب موكله (١) . فالنيابة فى جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل قانونى تتجاوز آثاره ذمة القائم به الى ذمة الأصيل بينما الوكالة من شأنها الزام الوكيل بالقيام بتصرف معين لحساب الموكل ولو بغير طريق النيابة .

٧٩ — وفى صدد تمييز الانابة عن عقد الوكالة نجد أن مقارنة القانون الانجليزى بالشرائع اللاتينية تلقى ضوءا ساطعا على هذه التفرقة بين الوكالة وبين الانابة . فالنظام الذى يقابل النيابة فى القانون الانجليزى وهو المعروف باسم Agency مبتوت الصلة تماما بعقد الوكالة وقد نشأ ذلك النظام وتطور بعيدا عن كل علاقة

---

(١) أبرز هذا المعنى الفقيه الايطالى فرنشسكو كار نيلوتى فى كتابه عن « النظرية العامة للحق » ص ٧٧ .

Carnelutti : « Teoria generale del diritto », Roma, 1946, p. 177 : « ... il lettore colto rifletta su questo tema al lavorio scientifico che si è compiuto per il distacco del mandato alla procura, e con cio del potere o più precisamente della potestà del procuratore dall'obligo dal mandatario ».

ويبدو أن مثل هذا التمييز النظرى بين الانابة والوكالة لم يكن بعيدا عن اذهان فقهاء الرومان رغم عدم تسليمهم بانصراف آثار عمل النائب الى الأصيل مباشرة اذ نجد الأستاذ أرانجيو رويز عند كلامه عن الوكالة فى كتابه « نظم القانون الرومانى » ص ٣٣٨ — ٣٣٩ يقول ان فكرة النيابة procura مختلفة عن فكرة الوكالة وأن النائب procurator هو بالمعنى السائد شخص يدير أمور ذمة مالية وأنه يحوز تلك الصفة بمقتضى ارادة صاحب الشأن المنفردة أكثر من حيازته اياها بمقتضى عقد ويضيف أن تطور القانون الرومانى فى عصر جوستنيان سمح بوجود نواب فى أعمال خاصة معينة فضلا عن النواب الذين يديرون أمور ذمة مالية على الاجمال .

Arangio-Ruiz, V. : « Istituzioni di diritto romano », Napoli, 1934, pp. 338-339 : « Diverso è il concetto della procura. Procurator è, nel significo prevalente, l'amministratore di un patrimonio ; ed è di solito un liberto investito della funzione più per atto unilaterale del patrono che per contratto ; di fronte agli estranei, la sua investitura è più ri fatto che di diritto. Ma successivamente, per un evoluzione che si perfeziona solo nel diritto giustinianeo si ammette che il procurator possa essere, oltre che omium bonorum, anche unius rei ; e la sua posizione si considera come facente capo a un mandato se vi fu incarico espresso ad un negotiorum gestio, se l'incarico non vi fu. A questo punto il nome di mandatario (o di gestore d'affari) designa il rappresentante nei suoi rapporti col rappresentato, mentre il nome procuratore esprime specialemente la sua posizione in confronto a dei terzi ».

تعاقدية بين النائب والأصيل بحيث لا تجد فى الفقه الانجليزى أو الأمريكى ذلك الخلط الذى كان شائعا فى الفقه الأوروبى بين الوكالة والانابة والواقع أن عقد الوكالة بالشكل الذى تعرفه القوانين اللاتينية استمدادا من القانون الرومانى مجهول من القانون الانجليزى والوضع الذى يطلق عليه اسم Mandate فى القانون الانجليزى ينصب على عقد عينى من مجموعة العقود التى يطلق عليها اصطلاح bailment (١) . وهو عقد بعيد الصلة بالوكالة بمعناها المعروف فى القوانين اللاتينية أو فى الشريعة الاسلامية ، لهذا كانت التفرقة بين الانابة والوكالة وتمييز الأولى من الثانية من البديهات فى القانون الانجليزى الذى لم يقم فيه قط خلط بين الوضعين وذلك بفضل نشأة نظام النيابة نشأة مستقلة وتطوره فى ذلك القانون بعيدا عن أى عقد وكالة بين الأصيل والنائب اذ أن القانون الانجليزى وكذلك القانون الأمريكى لم يعرف ذلك العقد وانما يعرف النيابة كنظام مستقل غير مختلط بالوكالة ولا بغيرها من العقود مقتضاه ايقاع آثار تصرفات النائب القانونية فى ذمة الأصيل مباشرة (٢) .

---

(١) أنظر مادة Mandate فى دائرة المعارف البريطانية .

« The essentials and the terminology of the contract are preserved in most modern systems ; but in English Law mandate, under that name, can hardly be said to exist as a separate form of contract. To some extent the law of « mandatum » corresponds to the law of principal and agent. «Mandate» is retained to signify the contract more generally known as gratuitons bailment. It is restricted to personal property, and it implies the delivery of something to the bailer, both of which conditions are unknown to the mandatum of the civil law ». Encyclopedia Britannica, Vo. Mandate.

وانظر بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٥٠٧ ـ ٥١٠ حيث يشير الى أن نظام النيابة فى القانون الانجليزى لايرتبط بعقد الوكالة أصلا .

(٢) « النيابة قد تنشأ عن عقد بين الطرفين كما قد تنشأ عن مجرد توجيه من شخص لآخر الى أن يعمل لحسابه ولا فرق بين أن يتعهد ذلك الشخص الآخر بأن ويعمل لحساب الاول أولا يتعهد ، وكذلك لا أهمية لما اذا كان الشخص الآخر مترفعا أن يحصل على مقابل لخدماته فيما اذا قام فعلا بالعمل لحساب الأول أو غير متوقع ذلك المقابل » .

واذ كانت الانابة تصرفا صادرا عن ارادة الأصـيل وراميا الى تحويل النائب القيام بتصرف تعود آثاره على الأصيل دون النائب فان كيان الانابة يتحقق بمجرد صدور تلك الارادة عن الأصيل بدون أن يرتبط ذلك بأى عقد بينه وبين النائب سواء كان عقد وكالة أو غيره بل وبغير حاجة الى قبول النائب للانابة .

٨٠ ــ والانابة قد تصدر عن الأصـيل موجهة الى النائب أو موجهة الى الغير ، ففى الفرض الأول يكتفى الأصيل باعطـاء النائب صفة النيابة عنه بارادة موجهة اليه ذاته تتمثل غالبا فى سـند مكتوب يسلم الى النائب وهـو ما يطلق عليه فى الاصـطلاح الدارج لفظ « التوكيل » ،وفى الفرض الثانى يقوم الأصيل بابـلاغ تلك الارادة المسبغة على النائب صفته الى الغير وهـذا الفرض الثانى يحتمل صورتين : الأولى أن يقوم الأصـيل بابلاغ الانابة الى الغير الذى سيتعاقد معه النائب بالذات والثانية أن يقوم الأصيل بابلاغ الانابة الى

= مجموعة معهد القانون الأمريكى بواشنطون جـ١ ص ٥٣ ــ ٥٤ .

« وليس ضروريا لقيام الصفة (للنائب فى التصرف لحساب الأصيل) أن يكون ثمة عقد بين الاصيل والنائب أو أن يتعهد النائب أو يلتزم بأى وجه آخر بان يعمل كنائب عن الأصيل » .

المرجع المذكور ص ٧٣ .

Reestatement of the Law of Age-cy, vol. I, Sect. 16, pp. 53-54:
« Agency may result from a contract between the parties or it may result « from a direction by a person to another to act on his account with ou with- « out a promise by the other so to act and with or without an understanding « that the other is to receive compensation for his services if he does act ».
Ibid., Sect. 26 a, p. 73:

« It is not essential to the existence of authority that there be a contract between the principal or agent or that the agent promise or otherwise undertake to act as agent ».

انظر فى القانون الأمريكى كذلك
Ferson : Sect. 136, 152, 189, 202 and 293.

وانظر كذلك فى استقلال مفهوم النيابه فى القانون الانجليزى عن مفهوم العقد :
ــ جورلا : « العقد » جـ١ ص ٣٦٥ ــ ٣٦٦
Gorla : Il contratto, vol. I, pp. 365-366.

الغير كافة بوسيلة من وسائل النشر (١) وقد اصطلح على تسمية الانابة الموجهة الى النائب بالانابة الداخلية procuration interne وتسمية الانابة الموجهة الى الغير بالانابة الخارجية procuration externe (٢) •

ولم يتناول القانون المدنى المصرى كيفية صدور الانابة وان كان المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى قد أورد نصا يفيد صدورها عن الأصيل بغير تفصيل بالنسبة لتوجيهها الى النائب أو الى الغير وذلك النص هو نص المادة ١٥٦ فقرة ٢ من المشروع التى حذفت فى المراحل التالية ولم يتضمنها التقنين بالصورة التى صدر بها ، على أن هذا السكوت من جانب المشرع لا ينم الا عن الرغبة فى الايجاز ولذا فان الانابة فى القانون المصرى يصح أن توجه الى النائب كما يصح أن توجه الى الغير اذ ليس فى هذا ولا ذاك خروج على مقتضى القواعد العامة •

وعلى خلاف القانون المصرى نجد بعض التقنينات الأجنبية قد عنيت بالنص على توجيه الانابة الى النائب أو الى الغير وذلك كالقانون المدنى الألمانى فى المادة ١٦٧ منه حيث نص على أن الانابة تسبغ بتعبير عن الارادة موجه اما الى الشخص الذى سيكون نائبا واما الى الغير

---

(١) كانت مسألة تحديد من توجه اليه الانابة موضوع جدل فى الفقه الألمانى فى فترة اعداد القانون المدنى الالمانى فكان من رأى بعض الشراح ومنهم زمرمان Zimmermann وميتيس Mitteis أن الانابة لابد أن توجه الى النائب بينما كان البعض الآخر يرى وجوب توجيهها الى الغير الذى يتعامل مع النائب ومن هؤلاء لينل Lenal الذى كان يرى أن النائب الذى تصدر الانابة موجهة اليه لا يعدو كونه - فيما يخص هذه الانابة - رسولا مهمته ابلاغ الانابة الى الغير ، وأخيرا فقد كان هناك رأى ثالث مؤداه وجوب توجيه الانابة الى النائب والى الغير معا (بوبسكو رامنسيانو ص ٤١٧ - ٤١٨) وبديهى أنه لم يعد لهذا الخلاف الآن الا قيمة تاريخية •

(٢) فون توهر ص ٢٩٠ وبلجسباى ص ٤٩ بند ٣٩ •

الذى سيتعامل معه (١) وكقانون الالتزامات السويسرى فى المادة ٣٣ منه التى تقترض فقرتها الثالثة حصول الانابة بتعبير عن ارادة الأصيل موجهة الى الغير (٢) ٠

٨٠ مكرر — ولم يغفل فقهاء الشريعة الاسلامية التفرقة بين الانابة الداخلية والانابة الخارجية فقد تناولوا هذه المسألة فى بحثهم لنشأة الوكالة وما اذا كان علم الوكيل ضروريا أو غير ضرورى ٠ يقول صاحب « منتهى الارادات » : « وشرط (بالبناء للمجهول) تعيين وكيل لا علمه بها (أى بالوكالة) » (٣) ومعنى ذلك أن الانابة ركنها صدور عبارة الأصيل بتعيين نائبه وتخويله صفة النيابة عنه ولا يشترط لقيامها علم النائب بأنه أصبح نائبا ، ولا يتصور هذا الا فى الانابة التى توجه الى الغير الذى سيتعامل معه النائب لا الى هذا الأخير فهى اذن انابة خارجية لا انابة داخلية ٠

وهذا القول يلزم عنه حتما أن فقهاء الشريعة يفرقون — وان لم يصرحوا بذلك — بين عقد الوكالة وبين الانابة بالمفهوم الذى حددناه فى البنود السابقة ، فالوكالة بوصفها عقدا لا يتصور قيامها الا بتلاقى ارادتى الموكل والوكيل فلا يستقيم القول بأنها تنشأ بدون علم الوكيل — وهو أحد طرفى العقد — بها أما الذى يصح أن ينشأ دون حاجة الى علم الوكيل ويكفى فيه صدور العبارة عن الموكل وعلم الغير بها فهو الانابة بالمعنى الدقيق أى تخويل الأصيل لنائبه مكنة النيابة

(١) « La procuration se confère par déclaration soit envers celui qui doit être fondé de pouvoir soit envers le tiers à l'égard duquel la représentation doit avoir lieu ». Art. 167, al. 6 du c.c. allemand.

(٢) « Si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite », Art. 33, al. 3 du code des obligations suisses.

(٣) منتهى الارادات — القسم الأول ص ٤٤٣ ٠

عنه بتصرف يقوم على ارادة الاصيل المنفردة وتكون الانابة فى هـذه الصورة انابة خارجية .

ونجد فى «البدائع» تفصيلا لما أوجزه صاحب «منتهى الارادات» إذ يقول الكاسانى : « وأما علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة ؟ لا خلاف فى أن العلم بالتوكيل فى الجملة شرط اما علم الوكيـل وأما علم من يتعـامل معه ، وأما علم الوكيل ــ على التعيين ــ بالتوكيل فهل هو شرط ؟ ذكر فى الزيادات أنه شرط وذكر فى الوكالة أنه ليس بشرط .. كذا ذكر محمد فى كتاب الوكالة وجعل علم المشترى بالتوكيل كعلم البائع الوكيل » (١) .

وجاء فى « الفتاوى الهندية » : « واذا قال الرجل اذهب .. الى فلان حتى يبيعك ثوبى الذى عنده .. فهو جائز وهو اذن منه لفلان فى بيع ذلك الثوب ان أعلمه المخاطب بما قال المالك جـاز بيعه رواية واحدة وان لم يعلمه ففيه روايتان » (٢) . فهنـــا نجدنا أمام انابة خارجية موجهة الى الغير الذى سيتعامل معه النائب بالذات .

وفى « فتح القدير » مثال لانابة خارجية موجهة الى الغير كافة وذلك اذ يسوق حالة العبد المأذون كدليل على صحة الانابة الخارجية فيقول : « اذا قال للناس بايعوا عبدى فانى أذنت له فى التجارة فبايعوه جاز مع أنه لا علم للعبد بالاذن » (٣) .

وعلى الجملة فان من شروط الوكالة فى الشريعة « علم الوكيل أو من يتعاقد معه بالتوكيل فاذا لم يعلم به واحد منهما كان العقد (أى عقد الوكيل مع الغير) موقـــوفا على الاجازة .. أما علم الوكيل

---

(١) بدائع الصنائع جـ٦ ص ٢٠ .
(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٥٦٢ .
(٣) فتح القدير جـ٥ ص ٥٢٣ .

شخصيا قد اختلف فيه فقيل يشترط وقيل لا يشترط .. ويرتب على هذا الخلاف أنه لو وكل زيد بكرا وهو (أى بكر) غائب فى بيع دار له بحضور خالد فاشتراها خالد من بكر دون أن يعلمه بأن زيدا وكله ببيعها فعلى القول الأول يقع العقد نافذا وعلى الثانى يقع موقوفا على الاجازة لعدم صحة التوكيل » (١) .

ومتى قلنا بنفاذ عقد النائب كانت الانابة فى هـذه الصور كلها انابة خارجية موجهة لا الى النائب وانما الى الغير الذى سيتعامل معه.

٨١ ــ قلنا ان كيان الانابة يتحقق بمجرد صدور ارادة الأصيل دون ارتباط بالعقد الذى تكون قد صـدرت بمناسبته كعقد الوكالة مثـلا ، وذكرنا بأنه يجب الاحتراز من الخلط بين الانابة وبين ما قد ترتبط به من عقود ، ومرد ذلك كله الى فكرة استقلال الانابة التى كان الفضل فى ابرازها للفقهاء الألمان (٢) والتى انعكست على نص المـادة ١٦٧ من القانون المدنى الألمانى التى تقرر أن صفة النيابة تسبغ بتعبير عن الارادة صادر اما الى النائب واما الى الغير الذى ستحصل قبله النيابة (٣) .

---

(١) أحمد أبو الفتح ــ « المعاملات فى الشريعة الاسلامية » جـ ٢ ص ٥٦٩ .

(٢) كان أول من أبرز هذه الفكرة الفقيه الألمانى لاباند فى بحث له نشر سنة ١٨٨٦ ، مشار اليه فى شميتهوف ص ١٢١ .

(٣) أنظر تعليق العلامة سالى Saleilles على هذه المادة فى الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدنى الألمانى جـ ١ ص ٢١١ (باريس سنة ١٩٠٤) حيث يبرز فكرة كون الانابة تصرفا قانونيا متميزا عن العلاقة التى صدرت بمناسبتها (كوكالة أو غيرها) ومستقلا نظريا عنها . وباعتبارها كذلك تتحقق الانابة فى شكل تعبير عن الارادة من جانب واحد موجه مباشرة الى صاحب الشأن (وهو اما النائب واما الغير الذى سيتعاقد معه) . وهذا التعبير عن الارادة لا يلزم فى أية حال حتى ولو كان موجها الى النائب أن يصير قبوله من الموجه اليه وانما الذى يلزم قبوله هو الوكالة مثلا وهى التى على أساسها تصدر الانابة (المرجع المذكور ص ٢١٢) وهذا التعبير عن الارادة الصادر من جانب واحد وان كان لا يلزم قبوله الا أنه فى مذهب القانون الألمانى يجب وصوله الى من وجه اليه لأنه من ذلك النوع من التعبيرات عن الارادة التى يشترط وصولها الى شخص معين ومثالها الوصية وقبول الارث (سالى المراجع المذكورة فى التعليق على المادة ١١٦) .

ويتجلى استقلال النيابة فى صورتيها اللتين سبقت الاشارة اليهما وهما الانابة الداخلية والانابة الخارجية ـ على الوجه الآتى :

١ ـ ففى الانابة الداخلية نجد أن الانابة يستوى كيانها ويتحقق وجودها بمجرد تعبير الأصيل عن ارادته فى تخويل النائب مكنة ابرام تصرفات ينصرف أثرها الى الأصيل ، وذلك بلا توقف على انعقاد العقد الذى قد تصدر الانابة بمناسبته واذن فالانابة الداخلية مستقلة عن العقد الذى يربط الأصيل بالنائب •

٢ ـ وفى النيابة الخارجية نجد أن مكنة ابرام التصرفات الملزمة للأصيل تنتج للنائب عن تعبير عن ارادة الأصيل موجه الى الغير مباشرة فهو بالضرورة منقطع الصلة بالعقد الذى قد يربط النائب بالأصيل واذن فالانابة الخارجية بدورها مستقلة تماما عن العلاقة الداخلية بين الأصيل والنائب (١) •

واذ تتقرر قاعدة استقلال الانابة وتميزها عن التصرف أو العقد الذى صدرت بمناسبته كما تقدم ينبغى البحث بعد ذلك فى مدى هذا الاستقلال وحدود هذا التمييز وهو بحث يمليه ما فى العمل من روابط بين الانابة وبين ما ترتبط به من عقود •

ويجمع جمهور الفقهاء الألمان على أن الروابط المذكورة بين الانابة وبين العقد الذى ترتكن اليه لا ترقى الى حد جعل الانابة تصرفا تابعا acte accessoire للعقد المشار اليه وانما تظل الانابة تصرفا مستقلا acte indépendant عن هذا العقد على تفصيل فى ذلك بالنسبة لنشأة الانابة ولمضمونها ولانقضائها •

---

(١) قارن دى سوسور ص ٣٢ ـ ٣٣ •

De Saussure : « L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation », Lausanne, 1945, pp. 32-33.

فبينما لا نجد حول استقلال الانابة فى نشأتها خـــلافا ذا بال ــ باعتبار أن الانابة تتحقق بتعبير عن ارادة الأصيل صادر اما للنائب واما للغير بصرف النظر عن العقد الذى ترتكز عليه الانابة ــ نجــد حول استقلال الانابة فى مضمونها خلافا مرده الى أن البعض (ليونهارد) يرى أن مضمون الانابة يتوقف على العقد الذى صدرت بمناسبته فان كانت الوكالة مثلا محدودة كانت الانابة كذلك ، بينما يرى البعض الآخر (بييرمان واندمان) أن فى تبعية مضمون الانابة للعقد الأصلى تفصيلا يرجع الى صدور الانابة الى النائب أو الى الغير ففى الحــالة الأولى أى فى الانابة الداخلية يكون مضمون النيابة متوقفا على العقد الأصلى بينمــا الانابة الخارجية تكون مستقلة فى مضمونها عن العقد الذى ترتكز اليه . وأخيرا يرى غير هؤلاء (انيكروس Ennecerus) أن مضمون الانابة هو فى جميع الأحوال مستقل عن العقد الــذى ترتكز اليه بلا تفصيل أو استثناء شأنه فى ذلك شأن نشأة الانابة .

أما عن انقضاء الانابة فان نص المــادة ١٦٨ من القانون المدنى الألمانى قد قطع السبيل على الخلاف فيه اذ قرر أن انقضاء الانابة يتقرر طبقا للعلاقة القانونية التى أسبغت الانابة ارتكانا اليها .

وعلى هذا فالفكرة السائدة فى الفقه والقضاء الالمانيين أن الانابة مستقلة عن التصرف الذى ترتكز اليه الا فيما يتعلق بانقضائها (١) .

على أن القــانون المدنى الألمانى قد عقب على نص المــادة ١٦٨ بنصوص المواد ١٧٠ و ١٧١ فقرة ٢ و ١٧٢ فقرة ٢ حماية منه لصالح الغير حسنى النية فى حالة انقضاء الانابة اذ نصت تلك المواد فى مجموعها

---

(١) أنظر بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٤٢٤ ـ ٤٣١ ـ على أن تبعية الانابة من حيث انقضائها للعقد الذى تستند اليه ليس معناه ضرورة انقضاء الانابة بمجرد انقضاء ذلك العقد بل ان للأطراف أن يتفقوا على غير ذلك فتظل الانابة قائمة رغم انقضاء ذلك العقد . المرجع السابق ص ٤٣٦ ـ ٤٣٧ . وانظر ما يلى بند ١٦٧ وما بعده .

على ان انقضاء الانابة لا يعتد به قبل الغير المتعامل مع النائب الا اذا كان ذلك الانقضاء قد أبلغ الى الغير بنفس الطريقــة التى ابلغت اليه بها الانابة ، اما بتعبير خاص عن الارادة واما عن طــريق النشر واما بابراز سند الانابة •

ويعلق الأستاذ سالى Saleilles (١) على المواد ١٧٠ ـــ ١٧٢ المذكورة بقوله ان اقتصار نصوصها على ذكر حالة انقضاء الانابة مرده الى أنه مما لا يحتاج الى نص بل يدخل فى باب أولى وأحرى حمــاية الغير حسن النية فى حالة بطلان أولى يصيب الانابة بالنسبة للتصرف الذى ترتكز اليه وهو بطلان لا يسع الغير أن يستشف أسبابه وعلى ذلك ففى حالة بطلان الوكالة مثلا تظل الانابة قائمة قبل الغير حسن النية (٢) وذلك كله تأسيسا على قاعدة استقلال الانابة عن العقد الذى ترتكز اليه •

وهكذا تتجلى نتيجة عملية هامة لقاعدة استقلال الانابة اذ تحقق هذه القاعدة حماية الغير حسن النية على أوسع نطاق فلا يضار هــذا الغير من بطلان لا يعلم به فى التصرف الذى تستند اليه الانابة كمــا لا يضار كذلك من انعدام مثل هذا التصرف أصــلا اذ تعتبر الانابة قائمة فى بعض الأحيان حتى ولو لم ترتكز أصلا الى علاقة سابقة عليها بين النائب الأصيل من وكالة أو غيرها (٣) •

---

(١) التعليق على القانون المدنى الألمانى جـ ١ ص ٢١٥ •

(٢) حددت المادة ١٧٣ من القانون الألمانى المقصود بالغير حسن النية فى هذا الصدد اذ قررت أن نصوص المواد الســابقة لا تنطبق فى حالة ما اذا كان الغير عند ابرامه التصرف القانونى مع النائب يعلم انقضاء النيابة أو كان من المفروض حتما أن يعلمه •

(٣) أنظر فون توهر ص ٢٩١ ـ ٢٩٢ وبوبسكو ـ رامنسـيانو ص ٤٣٠ ـ ٤٣١ حيث ينقل عن انيكروس Ennecerus المثال الآتى : (أ) يقدم على شراء شىء باسم (ب) بدون ان يكون موكلا فى ذلك وبغير علم (ب) الذى يكون فى نفس الوقت قد أبلغ البائع (أو الغير عموما) انابة (ا) عنه فى الشراء (انابة خارجية) ففى هذه الحالة ترجع آثار العقد الذى يبرم بين (أ) والبائع (جـ) الى (ب) مباشرة ولو أنه ليست بين =

٨٢ ـ وأخيرا لعل من المفيد الاشارة الى أن بعض الشراح (١) عند كلامهم على قاعدة استقلال الانابة قد عمدوا الى وصفها بالتصرف المجرد acte abstrait وقد لوحظ على استعمال هذا التعبير فى هذا الموضع أن التمييز بين التصرف المجرد والتصرف المقيد acte concret انما محله التصرفات التى تتضمن مقابلا أو بعبارة أخرى التى يكون موضوعها حقا عينيا أو التزاما وليست كذلك الانابة التى تقتصر على اصباغ صفة النيابة عن شخص معين على شخص آخر ، فيكون من الأصوب أن يدور التساؤل عن كونها تصرفا تابعا acte accessoire أو تصرفا مستقلا acte indépendant لا عن كونهـا تصرفا مجردا أو تصرفا مقيدا (٢) وذلك لبعد الانابة بطبيعتها عن الدخول فى نطـاق نظرية التصرف المجرد بالمعنى الفنى الصحيح (٣) •

٨٣ ـ واذا أعدنا النظر فى فكرة استقلال الانابة عن التصرف

= (أ) و (ب) أية رابطة قانونية مباشرة فالانابة فى هذا الصورة لا ترتكز الى أى عقد سابق بين النائب والأصيل •

(١) فون توهر الموضع السابق وانظر بوبسكو رامنسياتو ص ٤٢٧ •

(٢) بوبسكو رامنسيانو الموضع السابق •

(٣) اذا اتبعنا الصيغة التى اختارها لفكرة التصرف المجرد المرحوم الدكتور أبو عافية فى رسالته (محمود أبو عافية : التصرف القانونى المجرد • مصر سنة ١٩٤٨) وهى الصيغة المبنية على تعريف التصرف المجرد ، بأنه التصرف القانونى الذى تتوقف صحته على التعبير عن الارادة بغض النظر عن الارادة الحقيقية (المرجع السابق ص ٢٧٢ بند ٨٠) وجدنا أن الانابة تخرج عن نطاق نظرية التصرف المجرد طبقا لهذه الصيغة لأن صحة الانابة لا تتوقف على مجرد التعبير عن الارادة بصرف النظر عن الارادة الحقيقية بل أن سلامة هذا التعبير لازمة وما قد يشوبه من أسباب البطلان يؤدى حتما الى بطلان الانابة وقد أشار الى ذلك الأستاذ سالى Saleilles فى تعليقه على المواد ١٧٠ ـ ١٧٢ من القانون المدنى الألمانى اذ قرر أن أحكام تلك المواد الرامية الى حماية الغير لا تنصب الا على حالة انعدام الوكالة التى هى السبب السابق على الانابة ولا انطباق لها فى الفرض الذى تكون فيه الانابة نفسها باعتبارها تصرفا قانونيا مستقلا ـ باطلة أو قابلة للبطلان (الترجمة الرسمية للقانون المدنى الألمانى جـ١ ص ٢١٦) • وقد يمكن اعتبر الانابة تصرفا مجردا ـ طبقا لهذه الصيغة ـ فى بعض حالات النيابة الظاهرة ولك متى كان مصدر الانابة تعبيرا عن الارادة منسوبا الى الأصيل وتوفرت شروط انطباق مبدأ النيابة الظاهرة (أنظر الفصل الثالث من هذا الباب) •

القانونى الذى صدر ارتكازا اليه أمكن أن نقول أن ذلك الاستقلال يتجلى من نواح ثلاث : فى اختلاف التعبير عن الارادة المنشىء لكل من التصرفين وفى اختلاف موضوع كل منهما ثم فى اختلاف الأثر القانونى لكل منهما .

١ ـ فمن حيث التعبير عن الارادة المنشىء لكل من الانابة والتصرف القانونى الذى تستند اليه من وكالة أو غيرها ، نجد أنه رغم تلازم هذين التصرفين غالبا فى العمل يمكن ـ بل ينبغى ـ التمييز بين التصرف المرتبط بالانابة والذى غالبا ما يكون عقد وكالة أو تصرفا ناشئا عن تلاقى ارادتى طرفيه وبين الانابة بوصفها تصرفا ناشئا عن ارادة الأصيل مرماه اعطاء النائب مكنة اجراء تصرف قانونى مع الغير تنصرف آثاره مباشرة الى الأصيل .

وقد رأينا مصداقا لهذا التمييز أن الانابة قد تكون موجهة من الأصيل الى الغير وهو ما يسمى بالانابة الخارجية وفيها يتجلى اختلاف التعبير عن الارادة المنشىء للانابة عن التعبير المنشىء للتصرف المرتبطة به الانابة فالأول يوجه للغير دون النائب بينما الثانى يشترك فيه النائب والأصيل فيبرم التصرف بتلاقى ارادتيهما .

٢ ـ ومن حيث اختلاف موضوعى التصرفين نجد أن التصرف الذى تستند اليه الانابة من وكالة أو عقد عمل أو غير ذلك انما يتضمن موضوعا ماديا معينا يؤثر فى ذمة الأصيل بالاضافة أو النقص أو التعديل ـ كأن يكون موضوع الوكالة شراء مال معين لحساب الموكل أو التعهد بالتزام معين تتحمله ذمته أو ما الى ذلك . أما موضوع الانابة باعتبارها تصرفا قانونيا متميزا فهو موضوع قانونى محض (غير مادى) لا يرمى الا الى صرف آثار تصرف النائب مع الغير الى الأصيل وعليه مباشرة وهو أثر قانونى مجرد ليس له جسم مادى ـ أن

صح التعبير — بخلاف موضوع العقد المرتبطة به الانابة • ويمكن بعبارة أخرى القول بأن موضوع العقد المرتبطة به الانابة هو ترتيب التزامات وحقوق معينة بينما موضوع الانابة ليس الا نتيجة قانونية صرفة هى ارجاع آثار تصرف النائب مع الغير — أيا كانت تلك الآثار — الى الأصيل مباشرة الأمر الذى لا يخرج عن كونه حالة قانونية جديدة يحدد مضمونها المادى تصرف آخر •

٣ — وأخيرا فمن حيث اختلاف آثار كل من التصرفين نجد أن العقد الذى تستند اليه الانابة يربط طرفيه النائب والأصيل اذ يحدث آثاره فى ذمة كل منهما بينما الانابة يمتد أثرها الى الغير الذى سيتعامل مع النائب اذ يترتب عليها ربط هذا الغير بالأصيل بعلاقة مباشرة وعلى هذا يصح القول بأن الانابة تصيب بآثارها ثلاثة أطراف : الأصيل اذ توقع فى ذمته مباشرة آثار التصرف الذى يجريه نائبه مع الغير ، والنائب اذ تخوله مكنة اجراء تصرف تنصرف آثاره الى الغير ، والغير اذ تربطه بالأصيل بعلاقة مباشرة نتيجة لتصرف نائبه •

٨٤ — الآن وقد عرفنا كيف تنشأ النيابة بتعبير عن ارادة الأصيل ثم ميزنا موضوعيا بين الانابة وبين العقد الذى ترتبط به يستحسن استكمالا للبحث فى نشأة النيابة أن تتناول الانابة من حيث الشكل لمعرفة الأحكام التى تنظم نشأتها من هذه الوجهة •

واذ كانت الانابة تعبيرا عن ارادة الأصيل فمقتضى قاعدة الرضائية ألا تخضع لأى شكل كان — اللهم الا من حيث الاثبات — وعلى ذلك فيصح أن تكون الانابة شفوية بل قد يصح أن تكون ضمنية كما أنها قد تكون كتابية أو رسمية دون وجوب فى هذا أو ذاك •

على أنه يحدث أن يكون موضوع الانابة تخويل النائب مكنة ابرام تصرف يشترط فيه القانون شكلا معينا فما هو الحكم فى هذه

الحالة بالنسبة لشكل الانابة وهل تبقى مطلقة من الأشكال أم ينبغى افراغها فى الشكل الواجب للتصرف الذى سيقوم به النائب ؟

والاجابة على هذا التساؤل تثير بحثا هاما تدخل فيه اعتبارات نظرية وعملية نوجز الكلام عنها فيما يلى :

نظرية النيابة فى القانون الحديث كما عرضناها فى القسم الأول من هذا الكتاب تقوم على اعتبار ارادة النائب وحدها فى التصرف الذى يجريه باسم الأصيل ولحسابه بمعنى أن ذلك التصرف انما ينعقد بارادة النائب ــ اما منفردة اذا كان التصرف مما ينعقد بارادة منفردة واما بتلاقيها مع ارادة الغير فى العقود ــ ومتى كانت ارادة النائب هى التى يقوم عليها التصرف فان شروط هذا التصرف الشكلية تتوافر متى اتخذت تلك الارادة (ارادة النائب) الشكل الذى يتطلبه القانون للتصرف وذلك بلا نظر الى ارادة الأصيل .

واذن فمقتضى الاستقلال التام بين العلاقة الداخلية التى تربط النائب بالأصيل وبين التصرف الذى يبرمه النائب (ذلك الاستقلال الذى تقوم عليه نظرية النيابة الحديثة) ــ مقتضى ذلك عدم تبعية أحد التصرفين للآخر من حيث الشكل وبعبارة أخرى مقتضاه اطلاق الانابة من الشكل المشروط فى القانون للتصرف الذى سيجريه النائب تبعا لكون ارادة الأصيل المتجلية فى الانابة غير ذات شأن فى التصرف المخول للنائب فى اجرائه .

وقد ساير القانون المدنى الألمانى هذا النظر فجاءت المادة ١٦٧ منه فى فقرتها الأخيرة تقرر أن الانابة التى موضوعها القيام بتصرف يخضع لشكل معين ليست خاضعة للشكل المشروط لذلك التصرف (١).

---

(١) أنظر تعليق سالى Saleilles على هذه المادة فى الترجمة الرسمية للقانون المدنى الألمانى جـ١ ص ٢١٧ .

واذن فللنائب فى القانون الألمانى أن يقوم باسم الأصيل بتصرف يشترط فيه القانون الشكل الرسمى كهبة أو كرهن رسمى ، وذلك من غير أن تكون الانابة التى تصرف بمقتضاها صادرة فى الشكل الرسمى (١) .

وكذلك الأمر فى القانون السويسرى حيث استقر قضاء المحكمة الفدرالية على الاطلاق الانابة من الأشكال ولو كان التصرف المناب فيه مما يلزمه الشكل الرسمى (٢) .

كما أن جانبا هاما من الفقه الايطالى يأخذ بهذه القاعدة تمشيا مع منطق النظرية الحديثة فى النيابة على ما قدمناه (٣) . على أن القانون المدنى الايطالى الصادر فى سنة ١٩٤٢ لم يساير هؤلاء الفقهاء اذ جاءت المادة ١٣٩٢ منه تقرر أن « الانابة لا أثر لها ما لم تصدر فى الشكل المقرر للعقد الذى يجب أن يبرمه النائب » .

وقد نحا القانون المدنى المصرى هذا المنحى فنص فى باب الوكالة (المادة ٧٠٠) على أنه « يجب ان يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

---

(١) سايرت مجلة الالتزامات والعقود التونسية – من بين قوانين الدول العربية – هذا النظر اذ ينص الفصل (المادة) ١١١٣ منها على أنه « يجوز التوكيل بصيغة غير الصيغة الواجبة قانونا فى العقد المقصود من التوكيل » .

(٢) أنظر جوهل Guhl : « قانون الالتزامات الفدرالى » ، ترجمة رينيه دى جوت ، زيورخ سنة ١٩٤٧ ص ١١٠ والأحكام المشار اليها ثمة . وأنظر أيضا فون توهى ص ٢٨٩ وبلجساى ص ٣٧ – ٣٨ والأحكام السويسرية التى أوردها .

(٣) أنظر كيرونى وآبللو ص ٤١٥ – ٤١٦ .
Chironi e Abello : « Trattato di diritto civile italiano », vol. I, Torino, 1904, pp. 415-416.

وهذه تقابلها فى القانون المدنى السورى المادة ٦٦٦ وفى القانون المدنى الليبى المادة ٧٠٠ وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٧٥ وفى القانون المدنى الجزائرى المادة ٥٧٢ وحكم هذه المواد مطابق لحكم المادة ٧٠٠ من القانون المدنى المصرى .

كما أن مشروع الالتزامات الفرنسى الايطالى يحوى نفس الحكم فى المادة ٣٣ منه وكذلك القانون المدنى الفرنسى فى مواد متفرقة خاصة بالتوكيل فى حالات معينة ، وقضاء محكمة النقض الفرنسية مستقر على مبدأ تبعية شكل الانابة لشكل التصرف الذى سيجريه النائب فيجب أن تكون رسمية ان وجب أن يكون ذلك التصرف رسميا (١) .

وهذه القاعدة موجودة كذلك فى القانون الانجليزى حيث يجب أن يكون النائب فى ابرام عقد رسمى حاملا لانابة مفرغة هى الأخرى فى الشكل الرسمى (٢) . كما أن هذا هو أيضا الحكم فى القانون الأمريكى (٣) .

٨٥ ـ والواقع أن حكم القانون الألمانى ومجلة الالتزامات والعقود التونسية وان اتفق مع المنطق النظرى للنيابة فى القانون الحديث فان التشريعات اللاتينية ومانحا نحوها قد تكون مدفوعة فيما

---

(١) انظر رواست فى دروس الدكتوراه سنة ١٩٤٧/١٩٤٨ ١٣٢ ـ ١٣٣ والأحكام المشار اليها فيه .

(٢) بوستيد ص ٤٠ وبولوك فى العقود ٧٩ وستولجار ص ٩١ و ٢٨٤ .

(٣) Mechem, Sections 24-27 Reetatemennt 2nd, Agency, Section 28.

وانظر كوبولا بند ٩ حيث يسرد أحكاما عن شكل الانابة ينفرد بها القانون الأمريكى مثل اشتراط الكتابة فى الإنابة التى تزيد مدة صلاحيتها عن سنة لكن المؤلف يشير الى أن الانابة فى تصرف يشترط فيه القانون لكابة لا يلزم أن تكون مكتوبة .

وانظر فى تفصيل القواعد التى تحكم شكل الانابة فى القانون الأمريكى .
Corpus Juris Secundum, vol. 2A, Sections 42-47 ; Ferson, Sections 15 and 142

قررته بضرورات عملية مردها الى حكمة اشتراط الرسمية فى بعض التصرفات •

ذلك أن المشرع يرمى ـ أكثر ما يرمى ـ من اشتراط الرسمية فى التصرفات الى حماية المتصرف عن طريق تنبيهه الى خطورة التصرف الذى هو مقدم عليه حتى لا يقوم به الا بعد تدبر وروية • فان جاز أن تكون الانابة فى مثل هذا التصرف غير رسمية انتفت تلك الحماية التى قصد اليها الشارع بواسطة الشكل الرسمى وعن طريق تدخل الموظف العمومى فى توثيق التصرف •

واذن فقد هدف قانوننا المدنى ـ مسايرا فى ذلك التشريعات اللاتينية ـ الى توفير هذه الحماية للمتصرف سواء كان يتصرف بنفسه أو بطريق النيابة وذلك باشتراط أن تكون الانابة مستوفية للشكل الذى يشترطه القانون للتصرف الذى يجريه النائب •

على أن من التصرفات ما ليست لاشتراط الرسمية فيه تلك الحكمة المشار اليها وانما تشترط فيها الرسمية لغرض آخر متصل بحماية الغير أو بضمان قدر من الجدية فى التصرف أو بمصلحة عامة يرى المشرع أنها تستوجب الشكل الرسمى •

فمن ذلك ما كانت تنص عليه المادة ١٩١ من القانون المدنى المصرى القديم من اشتراط الرسمية لامكان نقل تأمينات الدين القديم الى الدين الجديد فى استبدال الدين ، فالرسمية هنا لا يقصد بها الا ضمان قدر من الجدية والعلانية لحماية الغير وهو ما يتضح من نص المادة على أن الاتفاق « لا ينفذ على غير المتعاقدين الا اذا كان حاصلا مع الاستبدال فى آن واحد بوثيقة رسمية » •

ومثل ذلك فى القانون الفرنسى الحلول باتفاق المدين مع المقرض فقد نصت المادة ١٢٥٠ مدنى فرنسى على اشتراط الشكل الرسمى فى

مثل هذا الاتفاق وذلك حماية للدائنين وتحرزا من أن يكون القصد من مثل هـــذا الحلول الاضرار بمصالحهم ، وعلى ذلك فالانابة فى الاقتراض مع احـــلال المقرض فى تأمينـــات الدين المراد وفاؤه بمبلغ القرض ــ هذه الانابة لا تخضع لشكل معين رغم كون التصرف الذى سيقوم به النائب مما يشترط فيه القانون الشكل الرسمى (١) .

ومن ذلك أيضا فى القانون المصرى بيع السفن فانه لا يصـــح الا أن يكون بورقة رسمية (م ٣ من القانون التجارى البحرى) وليست حكمة اشتراط الرسمية هنا حماية المتصرف أو تنبيهه الى خطـــورة التصرف لأن بيع السفن ليس أخطر شأنا من بيع العقارات ، وانمـــا حكمة اشتراط الرسمية هنا هى رعاية المصلحة العامة التى تقتضى ضبط تداول السفن التى ترفع علم البلاد وتتطلب ألا يكون انتقال ملكيتها الا على يد موظف رسمى يتولى توثيق التصرف ، فالانابة فى بيـــع سفينة يصح اذن فى رأينا أن تكون فى غير الشـــكل الرسمى رغم أن عقد البيع نفسه ينبغى أن يفرغ فى ذلك الشكل .

وكذلك الشأن فى الانابة فى محو قيد الرهن الرسمى فالمادة ٤٥ من قانون الشهر العقارى تشترط أن يكون المحرر الـــذى يثبت فيه رضاء المرتهن بمحو القيد مفرغا فى الشكل الرسمى ، ولم يعدم هذا النص انتقادا فى الفقه مرجعه الى أن الرسمية مشروطة فى الرهن لحماية الراهن لا المرتهن فلا محل لاشتراط الرسمية فى محو قيد الرهن برضاء الدائن المرتهن بينما أنّ التنازلَ عن الدين ذاته المضمونَ بالرهن لا تشترط فيه الرسميةُ وهو أخطر شأناً من مجرد محو قيد الرهن الذى يقتصر

---

(١) أنظر حكم النقض الفرنسى ٥ أغسطس سنة ١٨٩١ ــ دالوز ١٨٩٢/١/٢١٧ ــ وانظر كذلك رواست ص ١٣٣ .

أثره على التنــازل عن مرتبة الرهن (١) ومهما يكن من أمر حــكمة اشتراط الرسمية فى المادة ٤٥ من قانون الشهر العقارى لمحو القيد فلا جدال فى أن الرسمية هنا ليست مشروطة لحماية المتصرف ومن ثم يصح أن تكون الانابة التى يصدرها الدائن المرتهن الى الغير فى محو القيد غير مفرغة فى الشكل الرسمى وان كان مقتضى صراحة النص أن رضاء النائب بمحو القيد يجب أن يكون ثابتا بورقة رسمية .

وهذا الرأى يتمشى مع منطق النيابة فى القانون الحديث ولا يخرج فيما نرى عن حكمة المادة ٧٠٠ تلك الحكمة التى يصح أن تستفاد من اقتصار المذكرة الايضاحية على ضرب المثل بالرهن والهبة وهما تصرفان حكمة الرسمية فيها حماية المتصرف (٢) .

وجملة القول فى شكل الانابة أن الأصل فيه عدم ارتباطه بشكل التصرف المطلوب قيــام النائب به وذلك كنتيجة منطقية لاســتقلال التصرفين طبقا لنظرية النيابة الا فى حالة واحدة هى أن يكون اشتراط الشكل الرسمى فى التصرف الذى سيجريه النائب مقصودا به حماية

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى : التأمينات الشخصية والعينية ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ بند ٢٦٧ ص ٣٨٥ حاشية ١ .

(٢) أنظر محمد كامل مرسى : شرح القانون المدنى الجديد فى العقود المسماة بند ١٦٦ ص ١٢٥ ، ومحمد علي عرفه : شرح القانون المدنى الجديد فى التأمين والوكالة .. الخ ص ٢٨٠ ـ ٢٨١ ، حيث نجد تفرقة بين الشكل الرسمى المشروط لمصلحة المتصرف والشكل الرسمى المشروط لمصلحة الغير بحيث تكون الرسمية مطلوبة فى التوكيل بتصرف من النوع الأول فقط دون التوكيل بتصرف من النوع الثانى ، وعلى ذلك فانه « فى حالة ما اذا كانت الرسمية مشترطة لحماية الغير فان التوكيل باجراء مثل هذا التصرف يصح أن يكون بورقة عرفية أو حتى مشــافهة » (عرفة : الموضع المذكور) . ويلاحظ أن التوكيل الشفوى فى مثل هذه الصــورة تعترضه عقبة تتعلق باثباته أمام الموثق الـذى يتولى توثيق التصرف الرسمى المناب فيه .

وأنظر مع ذلك السنهورى فى « الوسيط » ج٧ المجلد الأول بند ٢٢٣ حاشية ص ٤٠٤ حيث يرى أن اطلاق نص المادة ٧٠٠ مؤداه افراغ الوكالة فى الشكل الواجب توافره فى التصرف الموكل فيه دون تفرقة بالنسبة لحكمة اشتراط ذلك الشكل فى التصرف المذكور .

المتصرف وتنبيهه الى خطورة التصرف فهنا ينبغي ــ تحقيقا لمقصد المشرع ــ أن تكون الانابة فى مثل هذا التصرف مفرغة هي الاخرى فى الشكل الرسمى •

٨٦ ــ ونختتم هذا البحث بملاحظة يوحيها نص المادة ٧٠٠ من قانوننا المدنى والمواد المطابقة لها فى القوانين العربية الأخرى وموضعها من القانون بالمقارنة للمواد المقابلة لها فى التقنينات الأخرى كالقانون الايطالى ومشروع الالتزامات الفرنسى ــ الايطالى •

ذلك أن المادة ٧٠٠ تتكلم عن الوكالة كما أنها واردة فى القانون فى باب عقد الوكالة بينما المادة ١٣٩٢ من القانون الايطالى مثلا تتكلم عن الانابة procura كما أنها واردة فى باب النيابة بوجه عام ، وكذلك الحال فى المادة ٣٣ من مشروع الالتزامات الفرنسى ــ الايطالى سواء من حيث الصياغة أو الوضع •

وعلى ضوء قاعدة استقلال الانابة عن العقد الذى ترتبط به ــ على ما سبق بيانه ــ يصح أن نتساءل عما اذا كان لصياغة المادة ٧٠٠ ووضعها من المجموعة مدلول بالنظر الى القاعدة المشار اليها •

ذلك أن الانابة متى كانت متميزة عن عقد الوكالة التى تصدر بمناسبته وغير متلازمة حتما واياه ، ومتى صح أن توجد وكالة من غير انابة كلما كان الوكيل يتصرف لحساب موكله من غير أن تنصرف آثار تصرفه الى الموكل مباشرة فانه يصح أن يقال أن المادة ٧٠٠ تتناول شكل عقد الوكالة دون شكل الانابة بالذات واذن فيتصور أن توجد انابة فى غير الشكل الرسمى تخول للنائب ابرام تصرف مما يشترط فيه الرسمية وينصرف أثره الى الأصيل مباشرة وذلك متى استوفى عقد الوكالة الشكل الرسمى •

مثال ذلك : (أ) وكل (ب) فى شراء سفينة دون أن تتضمن الوكالة انابة — بمعنى أن (ب) يتصرف لحساب (أ) من غير أن ينسحب أثر تصرفه مع الغير الى (أ) رأسا — وكان عقد الوكالة مستوفيا الشكل الرسمى ، ثم صدرت من (أ) انابة فى غير الشكل الرسمى اما الى (ب) واما الى الغير (جـ) الذى سيتعامل مع (ب) ، فعقد البيع الذى ينعقد بين (ب) و (جـ) يكون حاصلا بطريق النيابة وتنصرف آثاره الى (أ) مباشرة بمقتضى الانابة غير الرسمية ولو أن العقد الذى عقد النائب مما يستلزم له القانون الشكل الرسمى .

وهكذا نرى أن صياغة المادة ٧٠٠ ووضعها من التقنين مما يمكن للقول بأن الشكل المشروط لتصرف النائب غير لازم للانابة وانما هو لازم فقط لعقد الوكالة الذى يربط النائب بالأصيل فيصح فى مثل المثال المتقدم أن يقع حكم النيابة بمقتضى انابة غير رسمية متى كان عقد الوكالة ذاته حاصلا فى الشكل الرسمى .

ثم أن اقتصار المادة ٧٠٠ على الوكالة يؤدى الى ملاحظة أخرى مردها الى كون الانابة غير مقتصرة على حالة الوكالة وانما هى قد تصدر بمناسبة علاقات قانونية أخرى كعقد العمل أو الشركة ، فالنائب الذى تكون علاقته الداخلية بالأصيل علاقة عمل مثلا يصح أن تكون انابته فى ابرام تصرف تلزمه الرسمية غير حاصلة فى الشكل الرسمى وذلك تبعا لاقتصار المادة ٧٠٠ على بيان الشكل اللازم للوكالة دون الانابة ودون ما عدا الوكالة من العلاقات الداخلية بين النائب والأصيل (١).

---

(١) قد يفتعل البعض لمثل هذه الحالة تفسيرا مؤداه أن عقد العمل هنا يتضمن فى الوقت نفسه وكالة غير أن مثل هذا التفسير لا يقترب كثيرا من الواقع لأن علاقة الطرفين هى علاقةعمل والتزامتهما المتبادلة وليدة عقد العمل لا عقد الوكالة المفترض ، هذا الى أن هذا التفسير لا حاجة الى للجوء اليه مع وجود الانابة كنظام متميز باعتبارها ارادة صادرة من رامية الى صرف آثار تصرف النائب الى صاحب تلك الارادة .

والخلاصة أن المشرع اذا كان قد قصد أن ينظم بنص المادة ٧٠٠ من القانون المدنى المصرى والمواد المطابقة لها فى القوانين العربية الأخرى شكل الانابة بوجه عام ، لكان الأقرب الى قصده أن تعدل صياغة المادة تبعا لذلك وتوضع فى موضعها مع مواد النيابة (١٠٤ وما بعدها) وهو المشاهد فى سائر التقنينات التى أرادت أن تنظم شكل الانابة كالقانون الألمانى (المادة رقم ١٦٧) والقانون الايطالى (المادة ١٣٩٢) ومشروع الالتزامات الفرنسى ـ الايطالى (م ٣٣) •

٨٧ ـ قدمنا أن الانابة بوصفها عملا صادرا عن ارادة الأصيل وراميا الى تخويل النائب القيام بتصرف قانونى تعود آثاره على الأصيل ، يتحقق كيانها بمجرد صدور تلك الارادة عن صاحبها • وتعبير الأصيل عن ارادته فى الانابة كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا متى سمحت بذلك طبيعة التصرفات المخول فيها الى النائب ، وليست الانابة الضمنية فى الحقيقة الا تطبيقا لعموم نص المادة ٩٠ فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى : « ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا » •

ولقد كان القانون المدنى المصرى القديم يحوى فى باب الوكالة نصا على جواز قبول الوكالة ضمنيا هو نص المادة ٥١٢ « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شىء باسم الموكل وعلى ذمته ولا يتم العقد الا بقبول الوكيل وقد يتضح القبول من اجراء العمل الموكل فيه » وقد كان القضاء جاريا على سحب هذا الجواز على الايجاب بالوكالة أيضا دون قصره على قبولها (١) وطبيعى أن يكون حكم الانابة من

---

(١) محكمة مصر الابتدائية فى ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٦٠٢/٢٦٦/٢١ « نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٥١٢ والقانون الفرنسى فى المادة ١٩٨٥ على جواز » « أن يكون قبول الوكالة ضمنيا ولم ينصا على جواز أن تكون الوكالة نفسها ضمنية وقد » « حدا ذلك بعض الشراح الى عدم قبولها غير أن أغلبهم يجيزها لأن الوكالة من عقود =

حيث جواز كونها ضمنية هو حكم الايجاب بعقد الوكالة وخاصة اذا تذكرنا الخلط الذى كان — ولا يزال — شائعا بين الانابة وبين عقد الوكالة • والقانون الحالى وان خلا من نص مقابل للمادة ٥١٢ من القانون المدنى القديم فى باب الوكالة الا أن فى عموم نص المادة ٩٠ (التى لم يكن لها مقابل فى التقنين القديم) ما يغنى عن مقابل لخصوص حكم المادة ٥١٢ من القانون القديم •

والانابة الضمنية ليست قليلة الوقوع فى العمل (١) ، ومن صورها الذائعة التى تستحق الوقوف عندها نيابة الزوجة عن زوجها فى التصرفات المتصلة بحوائج منزل الزوجية •

فالمشاهد فى الحياة العملية ، أن الزوجة هى التى تقوم بكافة التصرفات ذات الصلة بالمنزل وخاصة شراء جميع ما يلزم للمنزل وللعائلة من مأكل وملبس وما الى ذلك ، غير أن الزوج بوصفه رب العائلة هو المكلف بالانفاق ولحسابه هو فى الواقع تجرى الزوجة جميع ما تجريه من التصرفات •

لهذا فقد جرى القضاء من زمن بعيد — فى فرنسا وفى مصر — على

= التراضى ومتى تم الرضا سواء أكان صريحا أم ضمنيا تم التعاقد والحكمة فى النص على القبول الضمنى فقط أن العادة جرت على أن التوكيل يصدر من جانب الموكل أولا ولا يشمل عادة قبول الوكيل ومن ثم لا يكون فى حد ذاته دليلا على انعقاد الوكالة » • ونفس المعنى مجلس نقابة المحامين الأهليين ٢٥ يونيو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١/٤٦٩/١١٣١ •

(١) أنظر .Lazerges, Les mandats tacites, Rev. Trim., 1975, pp. 222-247 وعنوان هذا البحث « الوكالات الضمنية » بصيغة الجمع يشف عن فكرته الأساسية وهى أن الأوضاع التى تدرجها تطبيقات القضاء وشروح الفقه وبعض النصوص التشريعية تحت عنوان الوكالة الضمنية ليست كلها من نوع واحد فمنها ما هو عقد وكالة بمعنى الكلمة انعقد بايجاب وقبول ضمنيين ومنها ماهو عقد مفترض أو بتعبير الكاتبة — «وكالة ضمنية على حدود الاطار التعاقدى » ومنها ما هو قاعدة عرفية لا داعى معها للبحث عن وجود عقد حقيقى أو مفترض ومنها أخيرا ما هو افتراض محض أو حيلة قانونية • ويلاحظ على هذا البحث أن الكاتبة نظرت الى الموضوع من زاوية عقد الوكالة فقط ولم تلتفت كثيرا لفكرة النيابة المتميزة عن الوكالة ولو كانت قد فعلت لكان من المحتمل أن تنتهى الى نتائج أكثر وضوحا مستندة الى حجج أكثر اقناعا •

اعتبار الزوجة فى اجرائها ما يتصل بمنزل الزوجية من تصرفات (وخاصة شراء جميع حوائج المنزل) نائبة عن زوجها نيابة ضمنية وبذلك يكون للغير المتعامل مع الزوجة أن يرجع على الزوج — بوصفه الأصيل فى التصرف — ويلزمه بتنفيذ ما ينتج عن تصرف الزوجة من آثار وخاصة دفع ثمن المشتريات (١) ٠

والأساس القانونى الذى يرسى عليه القضاء الزام الزوج بتصرفات الزوجة فى هذه الصور هو الانابة الضمنية الصادرة منه اليها اذ نجد الأحكام القضائية تشير الى أن للزوجة دائما صفة النيابة عن الزوج بناء على وكالة ضمنية (٢) والى أنه يفترض فى الزوج أنه أعطى زوجته وكالة ضمنية فى كل ما يلزم المنزل (٣) ٠ وهكذا فان النيابة تقوم فى نظر القضاء على انابة ضمنية صادرة من الزوج الى زوجته ٠

٨٨ — على أن مدى تلك الانابة يتحدد دائما بضرورات المنزل ولوازم العائلة فاذا تصرفت الزوجة تصرفا خارج هذا النطاق كأن وقعت عن زوجها كمبيالة أو قامت بعمليات فى البورصة (٤) فلا يكون تصرفها ملزما للزوج لخروجه عن حدود الانابة الضمنية ٠

ويلاحظ أن بعض الأحكام القضائية وان أسس لزوم آثار التصرف للزوج على أساس الانابة الضمنية الا أنه لم يرتب على تلك الانابة آثارها الواجبة ألا وهى رجوع آثار التصرف الى الأصيل فقط دون النائب اذ نجد من الأحكام ما جعل الزوجين مسئولين عن

---

(١) نقض فرنسى (مدنى) أول يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ٣٩٧/١٩٢٩ — ونقض فرنسى (مدنى) ٢٩ يناير ١٩٣٠ دالوز الأسبوعى ١٦١/١٩٣٠ ٠ واستئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ — البلتان ٢٩٣/٤٧ ٠

(٢) نقض فرنسى (مدنى) ١٩٢٩/٦/١ مشار اليه أعلاه ٠

(٣) استئناف مختلط ١٩٣٥/٥/٢ — البلتان ٣٩٣/٤٧ ٠

(٤) نقض فرنسى (عرائض) ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ سيريه ٢١٧/١/١٩٣٢ ٠

آثار تصرف الزوجة مسئولية تضامنية (١) على أن الاتجاه المستقر متفق مع قواعد النيابة الصحيحة التي مؤداها الزام الأصيل بآثار تصرف نائبه دون أن يكون لذلك النائب ـ الذى تولى وحده اجراء التصرف ـ أى شأن بآثار ذلك التصرف (٢) .

(١) حكم الاستئناف المختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ سالف الذكر وفى نظرنا أن المحكمة قد أخطأها التوفيق فى هذا الحكم الذى لا يتفق مع قواعد النيابة التى لا تجعل للنائب أى شأن فى آثار التصرف كما أن الحكم المذكور قد أوجد تضامنا لم ينص عليه القانون ولا هو ناشىء عن اتفاق الطرفين .ولعل هذا الحكم لايمثل الاتجاه السائد اذ نجد سائر الأحكام مجمعة على الزام الزوج فقط باعتباره الأصيل . أنظر مثلا حكم الاستئناف المختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٤ البلتان ٥١/٤٦ وانظر حيثيات حكم النقض الفرنسى المشار اليه آنفا فى حاشية البند السابق :

« ... le juge de paix a condamné à bon droit Vigneron (le mari) seul au payement de la somme réclamée par Petit et a mis la De. Vigneron hors de cause comme ayant agi dans les limites rationnelles du mandat tacite émanant de son mari ». Cass. Civ., 1er juin 1929, D.H. 1929-397.

على أن الزام الزوجين بالتضامن لم يعدم أنصارا ينظرون الى المسألة نظرة عملية من وجهة زيادة الائتمان العائلى دون اعتبار لمنطق نظام النيابة : رواست فى الجزء الثانى من موسوعة بلانيول وريبير طبعة سنة ١٩٥٢ ص ٣٢٨ . وأنظر حكم استئناف اسكندرية فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المشار اليه فى ما يلى حاشية بند ٩٠ فقد قضى بالزام الزوجين متضامنين وقد نقضت محكمة النقض ذلك الحكم ولكن لغير هذا السبب كما سنرى .

هذا وقد قرر القانون المدنى السويسرى (المادة ٢١٠ فقرة ٢) مسئولية الزوجة بصفة احتياطية عن تصرفاتها لحساب الزوج فيما يتصل بحاجيات المنزل ، وهذه المسئولية لا تستند الا الى هـذا النص التشريعى الصريح الـذى لولاه لم تكن لتوجد تبعا لمقتضى النيابة . أنظر فون توهر ص ٣١٩ حيث يعتبر هذا النص استثناء من أحكام النيابة .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٩ ـ دالوز الأسبوعى ١٩٩/١٩٣٩ : « اذا كان الأصل ان المريض الذى يكون محلا لرعاية أحد الأطباء يعتبر مسـئولا شـخصيا عن دفع مقابل تلك الرعاية الا أن الأمر يختلف بالنسبة للمرأة المتزوجة المشـتركة الأموال ، فالمصاريف الطبية تدخل ضمن النفقات المنصرفة لصلحة المنزل وبالتالى تقع فى الروكية . وحتى مع التسليم بأن الزوجة هى التى استقلت باستدعاء الطبيب وتسببت بذلك فى المصروفات اللازمة لمكافأته فينبغى أن تعتبر الزوجة قد تصرفت بمقتضى وكالة ضمنية معطاة لها من زوجها . واذن فهذا الدين لا يقبل أن تطالب الزوجة بسـداده ولا يجوز التنفيذ به على أموالها الخاصة » .

Si, en principe, le malade qui reçoit les soins d'un médecin, est personnellement tenu d'en acquitter le prix, il en est autrement de la femme mariée, commune en biens.

Les frais médicaux rentrent dans les dépenses engagées dans l'intérêt et pour l'entretien du ménage et, par suite, tombent dans la communauté.

٨٩ ـ هذا وأن القواعد التى قعدها القضاء الفرنسى بشأن نيابة الزوجة الضمنية قد تكرست فى فرنسا بالقانون الصادر فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ خاصا بتعديل القانون المدنى فى مواد آثار الزواج اذ نصت المادة ٢٢٠ من القانون المدنى (معدلة بالقانون المذكور) على أن « للزوجة فى جميع نظم الزواج صفة النيابة عن زوجها فيما يختص بحاجيات المنزل ولها أن تستعمل لهذا الغرض » « الأموال التى يضعها الزوج فى يديها » .

وقد عدلت المادة ٢٢٠ من القانون المدنى الفرنسى فيما بعد مرة أخرى بالقانون رقم ٥٧٠ لسنة ١٩٦٥ الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٦٥ فأصبح نصها كالآتى :

« لكل من الزوجين أن يبرم وحده العقود التى يكون الغرض منها الانفاق على منزل الزوجية أو تربية الأولاد وكل التزام مترتب على عقد من هذا القبيل يبرمه أحد الزوجين يلتزم به الآخر على وجه التضامن بينهما » .

ويلاحظ على هذا النص أن النيابة لم تعد بمقتضاه للزوجة فقط عن زوجها وانما هى لكل من الزوجين عن الآخر ، كما يلاحظ أن النص لا يستعمل تعبير « النيابة » وينص صراحة على تضامن بين الزوجين لم يكن ليترتب لولا النص عليه اذ لامكان فى آثار النيابة لتضامن بين الأصيل والنائب فى الالتزام بما يبرمه النائب من عقود .

وهكذا فان نيابة الزوجة عن زوجها فى فرنسا منذ صدور قانون

En admettant même que la femme ait elle-même pris l'initiative de solliciter les soins et d'engager ainsi la dépense relative à leur rémunération, elle doit être réputée avoir agi en vertu d'un mandat tacite, à elle dnoné par son mari .

Par suite, le payement de cette dette ne peut être poursuivi ni contre elle, ni sur ses biens personnels.

Cassation 27 Janvir 1939. D.H. 1939-199.

سنة ١٩٤٢ صارت تقوم على أساس تشريعى اذ أصبحت نيابة قانونية لا حاجة معها الى تلمس الانابة الضمنية الصادرة من الزوج • على أن نص المادة ٢٢٠ المعدلة بالقانون المذكور كان يعطى الزوج مكنة انهاء هذه النيابة عن طريق اخطار الغير برغبته هذه وهو عين ما كانت المحاكم الفرنسية تسير عليه فى ظل فكرة الانابة الضمنية ، ولا جـدال فى أن اعطاء الزوج مكنة انهاء نيابة الزوجة لا ينسجم تماما مع اعتبار تلك النيابة صادرة عن القانون اذ أن تلك المكنة هى فكرة الانابة الضمنبة أشبه (١) •

هذا وان قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ لم يعدم فى الفقه الفرنسى انتقادا مبناه تصريح ذلك القانون باتخـاذ النيابة أساسا لالتزام الزوج آثار تصرف الزوجة فيما يتصل باحتياجات المنزل اذ يرى صاحب هذا الانتقاد أن المشرع ينبغى له ألا يدخل وضعا قانونيا لا يزال فى دور التطور ضمن اطار فنى جامد هو فى هذه الخصوصية اطار النيابة • ذلك أن صنعة نظام النيابة تستتبع حتما نتائج معينة قد لا يكون من المصلحة ايقـاعها ، ومن تلك النتائج الحتمية الزام الزوج وحده — بوصفه الأصيل — بآثار التصرف دون الزوجة التى تعتبر — بوصفها نائبة — بمنجاة عن تلك الآثار • ويشـــير المؤلف الى أن الأحكام القضائية الصادرة قبل قانون سنة ١٩٤٢ كان بعضـها يلزم الزوجة والزوج معا بآثار التصرف وذلك حياطة لمصلحة الغير فى بعض الأحوال كأن تكون الزوجة موسرة والزوج معسرا كمـا أن البعض الآخر من

---

(١) فى تفصيل ماتقدم تنظر موسوعة بلانويل ريبير ج ١ بند ٣٩٢ وما بعده من طبعة سنة ١٩٥٢ « Traité pratique » de Planiol et Ripert, tome II par André Rouast, No. 392 et s., éd. 1952. على أن النص الحالى للمادة ٢٢٠ مدنى فرنسى (بعد تعديلها فى سنة ١٩٦٥) خال من الاشارة الى انهـاء صفة أى من الزوجين فى الزام الزوج الآخر آثار ما يبرمه من عقود فى نطاق حكم هذه المادة •

أحكام القضاء كان يلزم الزوج وحـده دون الزوجة بآثار التصرف، وبذلك كنت المحاكم تتصرف فى واقعات الدعاوى بحرية تجعل قضاءها مرنا متمشيا مع مقتضيات الأحوال . أما وقد صرح المشرع فى قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ باتخاذ النيابة أداة فنية لتحميل الزوج آثـار تصرفات الزوجة فقد امتنعت على المحاكم تلك الحرية التى كان من شأنها عدم الزام المحـاكم بترتيب نتائج حتمية معينة على تصرفات الزوجة ذلك أن قانون سنة ١٩٤٢ وقد حدد الأسـاس الفنى لالزام الزوج نتائج تصرف زوجته بأنه النيابة ، يستتبع بالضرورة ايقـاع نتائج حتمية لا تنفك عن تلك الاداة الفنية التى اصطنعها المشرع ألا وهى النيابة (١) .

ويبدو أن المشرع الفرنسى قد اقتنع بوجاهة هذا الانتقاد فقد رأينا أن النص الحالى للمادة ٢٢٠ ــ معـدلة بقانون ١٣ يوليو ١٩٦٥ ــ يتحاشى استعمال لفظ النيابة كما أنه يقرر صراحة أن الزوجين متضامنان فى الالتزام بآثار العقود التى يبرمها أى منهما فى نطاق تلك المادة . على أن المشرع الفرنسى قد حد من صرامة ذلك التضامن اذ نصـت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٢٠ على أنه لا تضامن فى النفقـات التى يكون ظاهرا بالنظر الى أسلوب معيشة الزوجين أو الى عدم جدوى العملية أنها مغالى فيها ، كما أن لا تضامن متى كان الغير المتعاقد مع أحد الزوجين سىء النية ، كذلك لا تضامن فى الالتزامات الناشئة عن عقود الشراء بالتقسيط ما لم يبرمها الزوجان معا .

---

(١) روجيه بيرو : « تأثير الصنعة فى النظم القانونية على الغاية منها » باريس سنة١٩٥٣ بند ٢٤ ص ٣٩ـ٤٢ ويشير المؤلف فىحاشية ص ٣٩ـ٤٠ الى أحكام قضائية تحاشت استعمال تعبير « الوكالة والضمنية » بقصـد عدم ترتيب النتائج التى تحتمها فكرة النيابة .

Perrot, Roger : « De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques », Paris, 1953, No. 24, pp. 39-42.

٨٩ مكرر — ومن الأحكام التى طبق فيها القضاء الفرنسى حكم المادة ٢٢٠ من القانون المدنى الفرنسى حكم محكمة السين الابتدائية الصادر فى ١٢ يونيو ١٩٦٣ (١) فى قضية تتلخص وقائعها فى أن الملكة السابقة ناريمان اشترت فى الفترة من ١٧ مايو الى ١ يوليـــو ١٩٥٢ ملابس من محلات جان ديسيه للأزياء فى باريس ولم تسدد ثمنهـــا فرفعت المحلات المذكورة دعوى ضدها وضد زوجها فى ذلك الحين الملك السابق فاروق فتمسك الأخير بأن القانون المصرى — بوصـفه انقـانون الذى يحكم علاقـات الزوجين لكونه قانون جنسيتهما — لا يحوى نصـا مثل نص المادة ٢٢٠ من القانون المدنى الفرنسى ولا يعترف للزوجة بوكالة ضمنية عن زوجها فى شراء حوائجها وحوائج منزل الزوجية فاطرحت المحكمة هذا الدفاع على أساس أن للشركة الفرنسية عذرا مقبولا فى الجهل بأحكام القانون الأجنبى (المصرى) وأن القانون الفرنسى لذلك ينطبق على واقعة الدعوى التى حدثت فى فرنسا (أنظر ما يلى حاشية بند ٢٠٦) وأضافت المحكمة أن جميع القوانين الوطنية تلزم الزوج الانفاق على زوجته وأن وكالة الزوجة الضمنية عن زوجها تسـتند الى ذلك الالتزام بالنفقة كمـا لاحظت المحكمة أن كمية الملابس المشتراة ونوعها ممـا يتفق ومركز الزوجة الاجتماعى وأخيرا أشارت المحكمة — تبريرا لاطمئنان الشركة المدعية الى أن الملك السابق فاروق يلتزم بأداء ثمن ما تشتريه زوجته — الى ما ثبت لديها من أنه فى واقعة سابقة قامت الخاصة الملكية بسداد فاتورة عن ملابس أخرى كانت قد اشترتها الملكة السابقة ناريمـان ، ولذلك انتهت المحكمة الى الزام الملك السبق فاروق والسيدة ناريمان صادق بالتضامن بدفع ثمن المشتريات المتنـــازع عليه الى الشركة المدعية تطبيقا لحكم المادة ٢٢٠ من القانون المدنى الفرنسى .

---

(١) المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ، سنة ١٩٦٤ ص ٦٨٩–٦٩١ .

٩٠ — واذا كان هذا هو شان نيابه الزوجه الضمنية عن زوجها فيما يتصل بحوائجها وبحوائج المنزل فان للمحاكم المصرية تطبيقات عديدة لنيابة الزوج الضمنية عن زوجته فى ادارة املاكها وتصريف شئونها (١) والمحاكم المصرية متأثرة فى هذا ولا شك بما جرت به العادة فى مصر من تسليم الزوجة دفة أمورها الى الزوج الذى يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها • هذا وقد صدر عن محكمة النقض حكم فى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ قرر أن مجرد قيام علاقة الزوجية لا ينهض دليلا على انابة الزوجة الضمنية لزوجها ما لم يقم من وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الانابة (٢) •

---

(١) مثلا استئناف مصر ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣/٧٧/١٨٠ • « متى ثبت أن الزوجة عاشرت زوجها مدة طويلة وعاشا معا ولم تعمل له توكيلا صريحا كتابيا بادارة أموالها ولا يقبض ولا يصرف بل كان يجرى الامر بينهما كما هو المعروف بين كل رجل وزوجته فيصبح وكيلا عنها بوكالة ضمنية أو عرفية مفوضة تفويضا عاما الى رأيه فى كيفية استغلال أموالها وقبض ما يحل لها قبضه وصرفه .. » •

واستئناف اسكندرية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٩ — مجلة التشريع والقضاء ٢/٣٤/٦٧ : « وكالة الزوج عن زوجته هى — على حسب ماجرى به العرف — مما يتحقق وجوده ضمنا ويكفى فى اثباتها مجرد قيام رابطة الزوجية • فالفاتورة الموقعة من الزوج تلتزم بها الزوجة ولو لم يكن منصوصا فيها على وكالة الزوج متى ثبت أن هذه الفاتورة كانت عن أشياء لازمة للزوجة وأن المعاملة كانت على هذا الاعتبار » •

(٢) نقض ٦ مارس سنة ١٩٥٢ فى الطعن رقم ٤٢ سنة ٢٠ ق المنشور فى مجموعة أحكام النقض المدنية — السنة الثالثة — العدد الثانى رقم ١٠٣ ص ٦٠١ وما بعدها — وبهذا الحكم نقضت المحكمة حكم استئناف الاسكندرية المشار اليه فى الحاشية السابقة — وقد قررت محكمة النقض فى حكمها هذا أن « حكم محكمة الاستئناف فيما حصله من أن تصرف المطعون عليه الثانى (الزوج) بالشراء كان بوصفه وكيلا عن زوجته الطاعنة وأن هذه الوكالة كانت وكالة ضمنية قد جاء قاصرا عن بيان الوقائع التى سوغت لديه القول بقيام هذه الوكالة وقت الشراء وبأن الزوج اذ اشترى انما تعاقد بالنيابة عن زوجته •

ولا يغنى عن التحقق من كلا الأمرين مجرد ثبوت علاقة الزوجية اذ هى وحدها غير كافية فى هذا الصدد كما لا يغنى عن ذلك ما قرره الحكم من قيام عرف على هذه الوكالة اذ ليس ثابتا وجود عرف مستقر فى هذا الخصوص » •

ويمثل هذا الحكم اتجاها الى عدم الاكتفاء بمجرد قيام علاقة الزوجية للقول بوجود انابة ضمنية من الزوجة الى زوجها والى اشتراط قيام أدلة أخرى على وجود تلك الانابة تستخلص من وقائع الدعوى بالاضافة الى رابطة الزوجية • ولعل فى هذا الحكم تصويرا لتطور الحالة الاجتماعية فى مصر تطورا أدى الى تمتع المرأة بنصيب أكبر من الحرية فى =

وأخيرا فان استنتاج وجود النيـابة الضمنية هو ـ كما قررت محكمة النقض (١) ـ مسألة موضوعية مرجعها الى كل حالة بظروفها وملابسـاتها المتروك تقديرها لقاضى الموضـوع بغير معقب طالما كان استدلاله على هذه النيابة الضمنية « استدلالا معقولا ومستخلصا من المستندات المقدمة فى الدعوى وكذلك من ظروف الدعوى وكان هذا الاستدلال لا غبار عليه » .

٩١ ـ وقيام نيابة الزوج الضمنية عن زوجته على أساس من العرف والعادة ـ كما تقدم ـ وتغير الحكم فيهـا بتغير العرف فى الزمان والمكان هو أمر مقرر كذلك فى الشريعة الغراء ، وفى ذلك يقول التسولى فى شرح العاصمية :

« والزوج كالوكيل عن زوجته فيما يليه من قبض ثمن ما باعته فيقضى له بقبضه ممن هو عليه وان لم توكله عليه .. لأنه وكيل عنها بالعادة ولا مفهوم للقبض بل سائر التصرفات من البيع والشراء وغيرهما كذلك حيث كانت عادة البلد تصرف الأزواج لأزواجهم بذلك . ابن رشد : يحكم للزوج بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وان لم تثبت وكالته للعرف الجارى من تصرف الأزواج لأزواجهم فى أمورهن اهـ فان لم يكن عرفهم ذلك أو لا عرف أصلا كما عندنا اليـوم .. أو كان بين الزوجين مشاورة .. فلها رد ذلك وتضمينه ان تلف المقبوض وهو الجارى على ما فى نوازل الصلح والرهن من المعيار فيمن رهن أو باع مال زوجته فانكرت الاذن له انها تحلف وترد ذلك » (٢) .

= ادارة أموالها ورعاية شئونها بعد ان كانت كل أمورها الى عهد قريب بين يدى الزوج يتصرف فيها بما يراه كما كانت تقرر الأحكام القديمة التى سلفت الاشارة اليها وهو ما كان يتفق والواقع الاجتماعى فى ذلك الحين .

(١) نقض ٢٩ يناير سـنة ١٩٤٢ ـ المجموعة الرسـمية ٩٦/٥٨/٤٣ . ونقض ٢ فبراير سنة ١٩٧١ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٢ رقم ٢٧ ص ١٥٥ .

(٢) ج ١ ص ٢٠٥ ـ وجدير بالملاحظة أن الشارح مغربى من رجال القرن الثالث عشر أما ابن عاصم ناظم الأرجوزة التى شرحها التسولى ـ ووردت فيها قاعدة كالة الزوج الضمنية مطلقة ـ فهو أندلسى من رجال القرن الثامن .

٩٢ ــ ولعل الرأى الأرجح فى تأصيل نيابة الزوجة عن زوجها فى شئون منزل الزوجية هو أن لا نرجعها الى انابة ضمنية تتلمس قرائن صدورها عن الزوج ونسندها الى ارادته ، فالرجوع بكل حالة من حالات النيابة غير المقترنة بوكالة الى فكرة الانابة الضمنية هو ــ كما سبق لنا القول ــ أثر من آثار الخلط القديم بين النيــــابة والوكالة فحيثما كان الفقه أو القضاء يواجهان وضعا تنفذ فيه تصرفات شخص فى حق شخص آخر دون أن يربطهما عقد وكالة نراهما يتحريان وكالة ضمنية ينسبان اليها هـــذه النتيجة . أما وقد استقرت الآن فكرة استقلال النيابة عن الوكالة وارتفع بذلك هذا الخلط بينهما فلا محـــل للقول بوجـــود انابة ضمنية فى كل تطبيق من تطبيقات النيـــابة التى لا تكون مرتبطة بعقد وكالة بين النائب والأصيل .

ومن هذه التطبيقات التى نعنيها ، ما يرجع الى انابة ناشـــئة عن وضع يشغله النائب بازاء الأصيل وهـــذا الوضع الذى يشغله النائب مصدره عمل ارادى من الأصيل يسند به الى النائب ذلك الوضع ، ثم يرتب القانون على شغل النائب لوضعه ذاك بالنسبة للأصيل أثرا هو النيابة عن ذلك الأصيل فى تصرفات معينة ، فاسباغ صفة النيابة نتيجة يرتبها القانون على وضع انشأته للنائب ارادة الأصيل من غير أن يكون من المحتم أن تتجه تلك الارادة الى انشـــاء الانابة ومن غير حاجة الى تلمس انابة ضمنية نعزوها الى ارادة الأصيل فالانابة هنا تنشأ بترتيب الشارع لها لا بقصد الأصيل الى انشائها .

من أمثلة هذه الانابة الناشئة عن وضع يشغله النائب :

١ ــ نيابة الزوجة عن زوجها فى شـــئون منزل الزوجية ــ وان كانت أحكام القضاء تشير بشأنها فى الغالب الى وكالة ضمنية الا أنها تؤسسها على العرف والعـــادة الجـــارية فكأن سندها قاعدة قانونية

موضوعية مصدرها العرف • وفى فرنسا تجلت هذه القاعدة القانونية الموضـوعية منذ سـنة ١٩٤٢ فى حكم تشريعى هو الذى تحويه المادة ٢٢٠ المعدلة من القانون المدنى الفرنسى كما سبقت الاشارة الى ذلك (١) واذن فوضع الزوجة بالنسبة لزوجها يرتب عليه القانون انابة لا موجب للبحث عن أساس آخر لها فى ارادة الزوج الضمنية ، فارادة الزوج قد أنشأت الوضع الذى تشغله الزوجة والقانون يرتب على هذا الوضع اسباغ صفة النيابة على الزوجة فى حدود معينة هى احتياجات مسكن الزوجية •

٢ ــ نيابة الربان عن المجهز والشاحنين ــ فالقانون البحرى فى معظم البلاد يجعل لتصرفات معينة تصدر عن ربان السفينة آثارا مباشرة فى ذمة مالك السفينة ومالكى البضاعة التى تحملها حسب الأحـوال ، ونفاذ تصرفات الربان فى حق هـؤلاء يرجع الى انابة يرتبهـا القانون كنتيجة للوضع الذى يشغله الربان ازاءهم بصرف النظر عن اتجاه ارادة المجهز أو الشـاحنين ــ صراحة أو ضمنيا ــ الى انشاء تلك الانابة ، فالنيابة هنا أثر انفرد القانون بترتيبه وتكفل ببيان حدوده ولم يدع لذوى الشأن حرية تعديله وفق مشيئتهم فكأن العقد الذى يربط الربان بالمجهز أو عقد النقل الذى يربط هـذا الأخير بالشاحنين مجرد شرط acte-condition يترتب على قيامه اسناد مركز قانونى موضوعى محدد ابتداء هو نيابة الربان عن المجهز وعن الشـاحنين فى الحـدود التى يرسمها القانون (٢) •

---

(١) آنفا بند ٨٩ • ويلاحظ أنه منذ سنة ١٩٦٥ لم يعد الالتزام بآثار التصرفات المعلقة بشئون منزل الزوجية يقتصر ــ فى فرنسا ــ على الزوج بالنسبة لتصرفات زوجته بل أصبح يمتد الى الزوجة بالنسبة لتصرفات زوجها • وبالنسبة لادارة الأموال المملوكة للزوجة أو للزوج تنص المادة ١٤٣٢ من القانون المدنى الفرنسى على أنه : « اذا تولى أحد الزوجين ادارة الأموال المملوكة للزوج الآخر خاصة بعلم هذا الأخير وبغير اعتراض من جانبه يفترض انه تلقى وكالة ضمنية تنسحب على أعمال الادارة والاستغلال دون أعمال التصرف » •

(٢) انظر مصطفى كمال طه : أصول القانون البحرى ، بند ٢٥٦ وما بعده •

وظاهر أن حكمة اسباغ النيابة على الربان هي احتياجه الى القيام بتصرفات قانونية لمصلحة السفينة وشحنتها في أماكن قاصية لا يتيسر فيها الاتصال بمالك السفينة أو يحتاج الاتصال به الى وقت قد يترتب على مروره ضرر على السفينة أو الشحنة ، وبالنظر الى هذه الحكمة قضت محكمة النقض المصرية بأن نيابة الربان عن مالك السفينة لا تسرى الا حيث لا يوجد مالك السفينة أو من يحل محله (١) .

٣ — نيابة مساعدى التجار — تسبغ قوانين التجارة فى كثير من البلاد صفة النيابة عن التاجر فى حدود معينة ، على بعض مساعديه ، وبالأخص على المندوبين المتجولين ، فمن ذلك تقنين التجارة الألمانى (م ٥٥ / ٢) وتقنين التجارة المجرى (م ٤٥) وكذلك تقنين الالتزامات السويسرى (م ٤٦٣) والتقنين المدنى الايطالى (م ٢٢١٠) فبمقتضى هذه الأحكام تكون للمندوبين المتجولين مكنة استيفاء أثمان ما يبيعونه من العروض ، كما أن لهم أن يمنحوا المشترين آجالا لسداد الثمن ، وليس للتاجر أن يعدل أو يحد من هذه المكنة . وهذه النيابة تنشأ عن الوضع الذى يشغله المندوب المتجول بالنسبة للتاجر ويرتبها القانون دون حاجة الى القول بوجود ارادة ضمنية لدى التاجر بل أن التاجر كما قدمنا لا يستطيع أن يقيد من تلك المكنة التى رسم حدودها القانون ، فارادة التاجر يقتصر دورها على انشاء الوضع الذى يشغله مساعده وعلى اختيار شخص ذلك المساعد ، أما النيابة عن التاجر فهى تترتب على هذا الوضع بحكم القانون فى الدائرة التى تعينها قواعده .

٩٣ — والحالات المعينة التى استعرضناها انما هى تطبيقات لفكرة عامة تنتظم نوعا من أنواع النيابة ، هى النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل برضاء هذا الأخير وتترتب على هذا

---

(١) نقض ٢١ أكتوبر ١٩٦٦ — المحاماة ٧١/٥٠/٥١ والقاعدة فى القانون الانجليزى أيضا أن نيابة الربان لاتسرى فى وجود مالك السفينة أو عند امكان الاتصال به ، انظر ستولجار ص ١٥١ — ١٥٣ .

الوضع بحكم القانون صفة النيابة لمن يشغله عن الأصيل فى نطاق الحدود التى يرسمها القانون لهذه النيابة .

وقد نص على هذا النوع من النيابة كقاعدة عامة تقنين العقود الاسكنديناف (١) فى المادة ١٠ فقرة ٢ منه ونصها :

« اذا شغل شخص برضا شخص آخر وضعا من شأنه طبقا للقانون أو بحسب العرف أن تكون للأول صفة النيابة فى التصرف لحساب الثانى فى حدود معينة اعتبر الأول مفوضا عن الثانى فى التعامل ضمن تلك الحدود » .

كما تضمن مشروع القانون الموحد فى شأن النيابة الذى وضعه المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص النص على هذه القاعدة العامة فى المادة ١٢ من المشروع التى تتناول نشأة النيابة فتنص على أنه « تنشأ صفة النائب اما عن انابة صريحة صادرة عن الأصيل واما عن انابة مستندة الى وضع يشغله النائب ازاء الأصيل برضا هذا الأخير الصريح أو الضمنى ...... »

والقانون الانجليزى يعرف كذلك قاعدة النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب وذلك ضمن قاعدة أعم هى امكان نشأة النيابة « بترتيب القانون تأسيسا على سلوك ذوى الشأن أو وضعهم أو بناء على ضرورات الحال » ومن أمثلة هذا النوع من النيابة فى القانون الانجليزى نيابة الزوجة عن زوجها ونيابة الربان عن مالك السفينة والشاحنين (٢) .

---

(١) المقصود بهذه التسمية تقنين العقود السويدى الصادر فى ١١ يونيو سنة ١٩١٥ الذى تبنت نصوصه الدانمرك بقانونها الصادر فى ٨ مايو سنة ١٩١٧ ثم النرويج بقانونها الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩١٨ ثم فنلندا بقانونها الصادر فى ١٣ يونيو سنة ١٩٢٩ ثم ايسلندا بقانونها الصادر فى أول فبراير ١٩٣٦ فأصبحت بذلك أحكام هذا التقنين سارية فى بلاد الشمال الخمسة المذكورة .

(٢) بوستيد طبعة ١٩٥٩ ص ٥ وها لسبورى جـ ١ ص ١٥٢ .

وفى القانون الأمريكي نجد أن النيابة قد تنشأ عن الوضع الذى يشغله النائب وان « الأصيل اذا اسند الى النائب — أو سمح له أن يشغل — وضعا من شأنه فى جارى عادة الجهة ، أو التجارة ، أو المهنة أن تكون للنائب صفة فى القيام بتصرفات معينة فان لكل متعامل مع هذا النائب أن يستنتج أن له تلك الصفة مالم يوجد داع للاعتقاد بغير ذلك » (١) وبناء عليه فان « تعيين شخص فى وظيفة مثل مدير أو صراف تستتبع فى العادة اختصاصات معينة من شأنه أن يجعل لهذا الشخص صفة فى التعامل مع من يعملون بهذا التعيين فى كل ما هو فى العادة من اختصاص شاغل تلك الوظيفة وذلك بصرف النظر عما قد يكون مفروضا على هذا النائب بالذات من قيود غير معلومة لهم (٢) » .

٩٤ — ومميزات النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب هى :

١ — قيام هذه النيابة على عمل ارادى من الأصيل يسند به الى النائب الوضع الذى تترتب عليه النيابة .

ومن هنا كان هذا النوع من النيابة داخلا ضمن حالات النيابة الاختيارية (٣) وذلك لوجود عمل ارادى صادر من الأصيل لولاه لما نشأت النيابة وان لم يكن ذلك العمل الارادى منصبا على انشاء الانابة بالذات ، اذ يكفى لاعتبار النيابة اختيارية أن تقوم فى أساسها على ارادة صادرة عن الأصيل وأن يكون اختيار شخص النائب متروكا اليه وهو ما يتحقق فى حالات النيابة الناشئة عن وضع يشغله النائب .

٢ — ترتيب صفة النيابة على الوضع الذى يشغله النائب وتحديد مدى تلك النيابة بحكم قاعدة قانونية وضعية ، تشريعية او عرفية ،

---

(١) Reestatement 2nd (1958), Agency, Sect. 49, Comment

(٢) Ibid., Sect. 27, Comment a. وأنظر كذلك Mechem, Sect. 93

(٣) انظر آنفا بند ٧١ .

فالنيابة أثر يرتبه القانون على الوضع الذى أنشأه الأصيل وحدود تلك النيابة يرسمها أيضا القانون اما مباشرة بنص تشريعى واما بالاحالة على العرف وهو أيضا من مصادر القواعد القانونية الوضعية .

٣ ــ ليس للأصيل أن يغير من حدود الانابة التى يرتبها القانون على الوضع الذى يشغله النائب ولا أن يضيق من سلطات النائب أو أن يحد منها وكل ما قد يصدر عنه فى هذا الصدد لا يحتج به على الغير الذين يتعاملون مع النائب ، وان ظل للأصيل بطبيعة الحال الحق فى انهاء النيابة بارادته كما أنشأ الوضع الذى ترتبت عليه بارادته وذلك بأن ينهى الوضع الذى شغله النائب برضاه والذى يقوم عليه هذا النوع من النيابة فتنقضى تبعا لذلك .

الفصل الثانى

مدى النيابة

٩٥ ـ مكنة النائب فى ابرام تصرفات قانونية ينصرف آثرها الى الأصيل اما أن تكون مطلقة واما أن تكون مقيدة بوجه من وجوه التقييد .

وطبيعى أن يكون ترتيب أثر النيابة ـ أعنى انصراف آثار التصرف الى الأصيل وحده مباشرة ـ مشروطا بدخول تصرف النائب فى نطاق حدود نيابته فاذا أجرى النائب تصرفا خارج تلك الحدود لم تترتب آثاره فى ذمة الأصيل ـ اللهم الا اذا أقره هذا الأخير .

وقد تضمنت المادة ١٠٥ من القانون المدنى المصرى القاعدة فى هذا الباب اذ نصت على أنه « اذا ابرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل » ومفهوم هذا النص بالاستنتاج العكسى أن ما خرج عن حدود النيابة من تصرفات النائب لا تنصرف آثاره الى الأصيل (١) .

وتعيين مدى النيابة وبيان حدودها امر مرده الى مصدر صفة

(١) نقض مدنى ١٢ مايو ١٩٦٠ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١١ ص ٣٩١ .

النائب فان كان ذلك المصدر هو القانون ــ فى النيابة الضرورية (القانونية) ــ تولى القانون فى كل حالة من حالات تلك النيابة بيان مدى النيابة وحدود سلطة النائب ، ويقوم القانون بذلك البيان وهذا التحديد بكل دقة بنصوص جامعة مانعة وذلك لتعلق الأمر فى أغلب الأحيان بحقوق أشخاص جعلهم القانون موضع حمايته كالقصر والمحجور عليهم والغائبين ويلحق بحالات النيابة الضرورية من حيث قيام القانون بتحديد مدى النيابة حالة النيابة المستندة الى وضع يشغله النائب والتى تعرضنا لها فيما تقدم فى البنود ٩٢ ــ ٩٤ •

أما اذا كان مصدر صفة النائب هو ارادة الأصيل ــ فى النيابة الاختيارية (الاتفاقية) ــ فان مدى النيابة وحدود سلطة النائب تتحدد بالنظر الى الانابة الصادرة من الأصيل ويكون الأمر اذ ذاك أمر تفسير ارادة الأصيل المتجلية فى الانابة (١) •

وعلى ذلك يمكن أن نقول ان تعيين مدى النيابة الضرورية (القانونية) وبيان ما اذا كان تصرف معين داخلا فى حدودها أو خارجا عن تلك الحدود هو مسألة قانونية مردها الى تطبيق وتفسير نصوص القانون وبهذا الوصف يدخل الفصل النهائى ــ فى حالة النزاع ــ ضمن سلطان محكمة النقض ، بينما أمر تعيين مدى النيابة الاختيارية أو الاتفاقية (الانابة) وبيان حدودها يرجع الى تفسير ارادة الأصيل ويكون بهذا مسألة موضوعية يفصل فيها قضاة الموضوع نهائيا بلا معقب من محكمة النقض •

---

(١) كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يحوى نصا رأت لجنة المراجعة حذفه من التقنين وهو نص المادة ١٥٦ من المشروع التى كانت تقرر أن « ١ ــ النيابة اتفاقية او قانونية ٢ ــ يحدد التفويض الصادر من الاصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فاذا كانت قانونية فالقانون هو الذى يحدد تلك السلطة » •

وقد قررت هذا المبدأ محكمة النقض المصرية فى حكم لها صادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ (١) (تلاه غيره فى معناه) فقد قرر هذا الحكم أن « لقاضى الموضوع بماله من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان فى العقد المبرم بينهما أن يحدد مدى الوكالة على هدى ظروف الدعوى وملابساتهـــا فاذا كان ما حصــلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التى ساقتها ولا يتعارض مع أى نص فى عقد الوكالة فلا تقبل مناقشتها لدى محكمة النقض » •

وتسوقنا صياغة المبدأ الذى قرره هذا الحكم الى التعليق على عبارة « مدى الوكالة » وعلى قول المحكمة أن لقاضى الموضــوع أن يتعرف « حقيقة ما أراده العاقدان فى العقد المبرم بينهما » ــ ذلك أن هذه العبارات تثير فى الذهن ما سبق لنا الكلام فيه من استقلال الانابة كتصرف قانونى عن عقد الوكالة أو غيرها من العقود التى ترتبط بها •

ولا بأس على صياغة المبدأ بالشكل المتقدم اذا كان الأمر خاصا بتعريف مدى التزامات الطرفين فى عقد الوكالة ذاته أما والأمر يتعلق بتعريف مدى النيابة وحدود سلطة النائب فالمرجع فى ذلك انما يكون

---

(١) المحاماة السنة ٢٣ رقم ١٧٦ ص ٤٠٦ وبنفس المعنى حكم النقض ١٧ فبراير ١٩٤٤ المحاماة السنة ٣٦ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٣ ونقض ٥ أبريل ١٩٥٦ ــ مجموعة المكتب الفنى (المدنية) السنة ٧ ص ٤٨٩ ونقض ٢٥ ديسمبر ١٩٦٩ ــ المحاماة ٧١/٦١/٥٢ المبدأ الخامس ونقض ٦ يناير ١٩٧٠ ــ المحاماة ٣٥/٣٠/٥٢ ــ وانظر حكم النقض الفرنسى (عرائض) ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ٦١/١/٢٩ وكذا حكم النقض الفرنسى (مدنى) ١٠ يوليو سنة ١٩٤٥، دالوز ١٨١/١٩٤٦ •

« Il rentre dans le pouvoir d'appréciation des juges du fond de fixer, d'après les circonstances de la cause et à l'aide des présomptions qu'elles leur fournissent, l'étendue d'un mandat tacite donné en matière civile (même pour un objet dépassant la valeur de 500 francs) et dont l'existence est reconnue par les parties ».

وعلى هذا الحكم تعليق بقلم Mimin

وأيضا حكم النقض الفرنسى (الدوائر المجتمعة) ٣٦ يناير سنة ١٩٦٤ ــ المجموعة الرسمية لمحكمة النقض الفرنسية ٣٩/٥٦/١/١٩٦٤ •

الى الانابة الصادرة عن ارادة الأصيل وحده لا الى الوكالة التى تتميز عنها ولا تختلط بها كما أسلفنا .

وليست هذه مجرد ملاحظة نظرية مبعثها الحرص على عدم الخلط بين الانابة والوكالة وانما يتصور أن يحدث فى العمل أن يختلف مدى الانابة عن مدى الوكالة فيكون أوسع منه أو أضيق كما قد تكون الانابة معلقة على شرط أو محددة بأجل دون أن تكون الوكالة كذلك ومن أمثلة ذلك أن يبرم بين (أ) و (ب) عقد وكالة موضوعة ادارة الأول لعموم أعمال الثانى وتصدر بمناسبة هذه الوكالة انابة عن الأصيل فى تأجير أطيانه (مثلا) للغير ، فيكون مدى النيابة هنا قاصرا على عقود الايجار التى تبرم مع الغير فتنصرف آثارها رأسا الى الأصيل بينما يكون الوكيل فى سائر أعمال ادارته وكيلا غير نائب يتصرف باسمه هو لحساب موكله فلا تنصرف آثار تصرفاته مباشرة الى الأصيل بل ينقلها اليه وكيله فيما بعد . ومثال آخر : (أ) وكل (ب) فى شراء منزل دون أن تتضمن الوكالة انابة ثم أبلغ (أ) أحد البائعين المحتملين (جـ) انابة (ب) فى الشراء فاذا تعاقد (ب) و (جـ) كنا أمام حالة نيابة اذ تنصرف آثار العقد رأسا الى (أ) بحكم الانابة الصادرة منه موجهة الى (جـ) أما اذا اشترى الوكيل من بائع محتمل آخر غير (جـ) فلا تكون أمام حالة نيابة بل يعتبر (ب) فى هذه الحالة وكيلا غير نائب يتعاقد باسمه وانما لحساب موكله ، فهنا كذلك نرى أن مدى النيابة قد اختلف عن مدى الوكالة اذ كان أضيق منه من حيث أشخاص الغير الذين يتعاقد معهم الوكيل . نخرج من ذلك بأن تعرف مدى النيابة وبيان حدودها انما يكون فى الواقع بتفسير ارادة الأصيل وحده المتجلية فى الانابة لا بتفسير ارادتى الطرفين فى العقد الذى صدرت بمناسبته الانابة فهذا العقد لا ينبغى الاعتداد به فى هذا الصدد .

٩٦ ــ وتقييد مكنة النائب فى اجراء تصرفات ينصرف أثرها الى الأصيل مباشرة يكون بوجه من الوجوه التى تؤثر فى مدى النيابة كل من ناحية معينة :

١ ــ من حيث الزمان : فقد تكون الانابة مطلقة من هذه الوجهة أو تكون مقيدة بزمان معين تنقضى بانقضـائه أولا تبدأ الا بابتـدائه فتكون معلقة على شرط موقف .

والتقييد بالزمان كما يكون صريحـا بذكر تاريخ معين قد يكون ضمنيا كمن ينيب غيره فى استئجار منزل بقصد الاصطياف مثلا فتكون الانابة قاصرة على موسم الصيف بالشكل المتعارف عليه واذا استأجر النائب منزلا بعد انقضاء هذا الموسم يكون قد تجاوز حدود نيابته .

وهذا وأن من تشريعات بعض البلاد الأجنبية ما يحدد مدى الانابة فى الزمان بنصى صريح ومن ذلك المادة ٢٦٨ من القانون المدنى السوفيتى التى تنص على انقضاء الانابة بمضى سنة على صـدورها مالم يجددها الأصيل خـلال تلك المدة وليس هـذا النص من مستحدثات التشريع السوفيتى فقد كان القانون الروسى القديم ينص على القاعدة عينهـا مع تحديد المدة بثلاث سنوات .

٢ ــ من حيث الشخص : فقد تكون الانابة بالنسبة للغير عموما وقد يحدد الأصيل شخص الغير الذى يتعاقد معه النائب وفى هذه الحالة ليس للنائب أن يتجاوز حدود نيابته بتعاقده مع شخص آخر غير من حدده الأصيل . وكما يكون تقييد الانابة من حيث شخص الغير ناتجا من صنيعتها الموجهة للنائب ، يكون كذلك ناتجا من مجرد توجيـه الانابة الى غير معين فالانابة الخارجية الموجهة الى شخص معين هى دائما انابة مقيدة من حيث الشخص فتعاقد النائب مع شخص خلاف من وجهت اليه الانابة خارج عن حدود نيابته ولا يترتب عليه انصراف الآثار الى الأصـيل .

٣ ــ من حيث الموضوع : فقد تكون الانابة خاصة بتصرف واحد معين فلا تتعداه الى سواه وقد تكون عامة فى جميع التصرفات كما قد تشمل نوعا أو أنواعا معينة من التصرفات أو فرعا دون غيره من فروع نشــاط الأصــيل وقد تقيد بأوصاف معينة فى التصرفات التى يجريها النائب كأن لا تتجاوز قيمتها مبلغا معينا أو لا يترتب عنها على الأصيل الا مسئولية محدودة •

٤ ــ من حيث الشكل : فقد تكون الانابة مقيدة بوجــوب أن تكون تصرفات النائب مع الغير فى شكل معين كمن يخول نائبه مكنة التعاقد باسمه بالكتابة فقط ولا يقبل أن تدخل تعهدات النائب الشفوية فى حدود النيابة (١) •

٥ ــ وأخــيرا قد تكون الانابة معلقة على شرط فــلا توجد الا بتحققه ويكون تصرف النائب قبل تحقق الواقعة المشروطة خارجا عن حدود نيابته وغير مرتب لآثار فى ذمة الأصيل •

ووجوه التقييد والاطلاق المشار اليها تخلص من التعبير عن ارادة الأصيل فى الانابة أو من تفسير تلك الارادة ان كان يعوزها الوضوح•

فاذا كانت ارادة الأصيل المتجلية فى الانابة صريحة فى بيان حدود النيابة وتعيين مداها فلا تعرض صعاب فى هذا الصدد والا وجب اللجوء الى تفسير تلك الارادة وقد وضع القانون بعض القواعد التى يجرى على أساسها هذا التفسير • (انظر ما يلى بند ٩٨) •

---

(١) هذا ويتعين أن يثبت هذا القيد الوارد على شكل التصرفات التى يجريها النائب فى ذات السند المثبت للانابة حتى يحيط به الغير علما ، اما تقييد الأصيل لنائبه من حيث شكل تصرفات النائب بتعليمات شفوية أو كتابية صادرة من الأصيل الى نائبه فيأخذ حكم سائر تعليمات الاصيل المتعلقة بالعلاقة الداخلية بينهما ــ أنظر ما يلى بند ١١٢ وما بعده •

٩٧ ـ ومن الحالات التي تعرض كثيرا في العمل وتكون فيها حدود النيابة واضحة لا تحوج الى تفسير ارادة الأصيل حالة الوكلاء المفوضين شركات المساهمة (fondés de pouvoirs) ذلك أن ضرورات الحياة التجارية لا تجعل من الميسور أداء أغراض الشركات الكبرى بواسطة نشاط الأعضاء organes المعبرة عن ارادتها وحده فبجوار الجمعية العمومية للمساهمين ومجلس الادارة وأعضاء المجلس المنتدبين يحوج العمل الى الاستعانة بنواب عن الشخص المعنوى يبرمون لحسابه وباسمه التصرفات القانونية التي يستلزمها الحال ويكون ذلك عن طريق اصدار الشركة لنشرات تعين فيها أشخاص أولئك النواب الذين يختارون من بين موظفي الشركة وتبين بجلاء حدود المكنة الممنوحة لهم من حيث نوع التصرفات التي يستطيعون ابرامها ومن حيث انفراد أحدهم بالتصرف أو وجوب اجتماع اثنين منهم أو أكثر على اجراء التصرف الى غير ذلك من الحدود المعينة لنطاق نيابة هؤلاء النواب الذين اصطلح على تسميتهم في العرف التجارى بالوكلاء المفوضين . والواقع أن اطلاق اسم الوكلاء على هؤلاء النواب فيه مجاوزة للدقة الواجبة ، اذ أنه لا تربط هؤلاء بالشركة عقود وكالة بالمعنى الصحيح وانما هم موظفون لديها تربطهم بها عقود عمل وتصدر لهم بمناسبة تلك العقود انابة خارجية موجهة الى الغير الذين يتعاملون مع الشركة وفي تلك الانابة تعين الشركة أشخاص نوابها وتحدد مدى نيابتهم عنها فهنا نجدنا أمام حالة بارزة وتطبيق ذائع الانتشار للانابة التي ترتبط بعقد العمل دون أن تكون لدينا أية رابطة وكالة .

واذا كان هؤلاء نوابا بالمعنى الصحيح عن شركات المساهمة فاننا لا نرى في الجمعيات العمومية او مجالس الادارة ولا في رؤساء تلك المجالس او أعضائها المنتدبين نوابا عن شركات المساهمة وانما هؤلاء « أعضاء » تلك الأشخاص المعنوية الناطقة بارادتها organes

وشخصيتهم القانونية فى نطاق تلك الصفات ليست مميزة عن شخصية الشركة التى يمثلونها وارادتهم فيما يبرمونه من تصرفات باسم الشركة انما هى فى اعتبار القانون ارادة الشخص المعنوى ذاته مباشرة ، وهذه الارادة المباشرة انما تصدر عن عضو الشخص المعنوى الذى من وظيفته الافصاح عن تلك الارادة طبقا للقانون أو لنظام الشخص المعنوى ولا يمكن والحالة هذه اعتبار هؤلاء الأعضاء نوابا لأن الذى يميز النائب هو تعبيره عن ارادة خاصة به تترتب عليها آثار تلحق الأصيل ولا كذلك عضو الشخص المعنوى فهو يعبر عن ارادة ذلك الشخص نفسه بطريق مباشر •

ومما يميز العضو عن النائب أن العضو لا تصدر له انابة من الشخص المعنوى وانما هو يستمد صفته من القانون أو من نظام الشركة رأسا بحيث يسوغ القول بأنه (أى العضو) ينشأ مع نشأة الشخص المعنوى ذاته مستندا فى وجوده الى ما يستند اليه كيان الشخص المعنوى من قانون أو نظام فهو عنصر أصيل فى كيان الشخص المعنوى• أما النائب بالمعنى الصحيح فهو الذى تصدر له من الشخص المعنوى (بواسطة عضوه الذى من وظيفته ذلك) انابة موجهة اما اليه واما الى الغير كما هو الشأن فى « الوكلاء المفوضين » الذين سلف الكلام عنهم فهؤلاء — دون الجمعية العمومية أو أعضاء مجلس الادارة — هم النواب عن شركات المساهمة بالمعنى الدقيق (١) وتصرفات هؤلاء

---

(١) من هذا الرأى — ميشو : نظرية الشخصية المعنوية جـ١ بند ٥٩ وما بعده وخصوصا بند ٦٤ وبلجساى بنه ٣٠ ص ٣٦ وماسينيو ص ١٤٤ — ١٤٧ وعبد الحى حجازى جـ٢ ص ٢٢٣ — ٢٢٤ وكولان كابيتان وجوليو ديلامورانديز : موسوعة القانون المدنى ، باريس ١٩٥٩ جـ٢ بند ٥٢٧ وجوليو ديلامورانديز : القانون المدنى ، باريس (دالوز) ١٩٦٦ ، بند ٥٢٧ ومن الرأى العكس الذى يعتبر عضو الشخص المعنوى نائبا بالمعنى الصحيح : كلاريز ص ١١١ — ١١٤ ورواست فى أعمال جمعية هنرى كابيتان سنة ١٩٤٩ ص ١١٥ وقد تابعه ساقاتييه فى الجزء الأول من الطبعة الثانية من موسوعة بلانيول وريبر (سنة ١٩٥٢) ص ١١٠ بند ٩٣ مكرر وقد وردت فى هذا =

المفوضين عن الشركة تعتبر وحدها حاصلة بطريق النيابة أما التصرفات التى يجريها العضو فهى حاصلة بطريق الاصالة (١) •

على أن هذا لا ينفي ضرورة ظهور صفة العضو فى كل معاملاته مع الغير ، فهنا كما فى حالة النيابة (٢) لابد من توفر العلم بصفة العضو لدى الغير الذى يتعامل العضو معه لحساب الشخص المعنوى ، ولا ترجع آثار تصرف العضو الى الشخص المعنوى مباشرة ما لم يكن العلم بالصفة التى يجرى بها ذلك التصرف مشتركا بينه وبين الغير المتعاقد معه وما ذلك الا لكون العضو شخصا طبيعيا له مجاله القانونى الخاص به وله ذمته التى لا تختلط بذمة الشخص المعنوى فكان لابد فى كل تصرف يجريه من أن نعرف بأية صفة كان تصرفه : أهو لنفسه أم للشخص المعنوى الذى هو عضوه •

٩٨ ــ هذا وان احوج الأمر فى تحديد مدى النيابة الى تفسير

= البند ملاحظة كانت حرية بالتدليل على أن العضو ليس بنائب بالمعنى الدقيق وذلك اذ يقول المؤلف ان ثمة فرقا بين النيابة عن الشخص المعنوى وبين النيابة عن الشخص الطبيعى مرده الى أن الشخص الطبيعى الأصيل يتمتع ــ ولو نظريا ــ بارادة خاصة متميزة عن نائبه بينما ارادة الشخص المعنوى تختلط بارادة العضو أو أنها هى تلك الارادة ، وفى هذا دليل على أن العضو ليس نائبا لأن الخصيصة المميزة للنيابة هى تعبير النائب عن ارادته هو المتميزة عن ارادة الاصيل. ولايزال سافاتيه عند رأيه فى عدم التفرقة بين النائب والعضو أنظر مقاله فى « دالوز الاسبوعى » ١٩٥٩ ص ٤٧ وما بعدها بند ٨ ــ هذا وان الأستاذ ريبير لم يظاهر الرأى الذى أبداه الأستاذ رواســت فى بحثه المشار اليه المنشور فى مجموعة أعمال جمعية هنرى كابيتان ــ انظر المرجع المذكور ص ١٥١ حيث يرى ريبير أن عضو الشخص المعنوى ليس مجرد نائب •

ومن الملاحظ أن اتفاقية لاهاى رقم ٢٧ بشأن القانون واجب التطبيق على النيابة والتى أقرها مؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص فى دورته الثالثة عشرة سنة ١٩٧٧ قد نصت فى مادتها الثالثة على أن عضو الشخص المعنوى لا يعتبر نائبا فى تطبيق أحكام تلك الاتفاقية •

(١) محكمة النقض المصرية تساير النظر القائل بأن عضو مجلس الأدارة المنتدب وكيل عن شركة المساهمة. أنظر نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٩ ــ مجموعة المكتب الفنى ــ السنة ٣٠ ص ١٣٧٨ ونقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٧١ ــ مجموعة المكتب الفنى ــ السنة ٢٢ ص ٥٠٠ •

(٢) أنظر ما يلى بند ١٣٧ وما بعده •

ارادة الأصيل المنشئة للانابة فانه يلاحظ على وجه العمـوم أن هذا التفسير يكون في الانابة الداخلية طبقـا لصيغتها الصادرة الى النائب والى مجموع الظروف التى يعلمها هذا الأخير بينما يكون التفسير فى الانابة الخارجية وفقا لصيغتها الموجهة الى الغير والظروف التى يلم بها هذا الغير ، وقد أورد القانون المصرى فى تنظيمه الوكالة المادتين ٧٠١ و ٧٠٢ اللتين تضعان بعض قواعد تفسير الانابة بقصد تحديد مداها :

المادة ٧٠١ ــ « الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها « حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل » « صفة الا فى أعمال الادارة ويعد من أعمال الادارة الايجار اذا لم » « تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمـال الحفظ والصـيانة واستيفاء » « الحقوق ووفاء الديون ويدخل فيها أيضا كل عمل من أعمال التصرف» « تقتضيه الادارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع» « اليه التلف وشراء ما يستلزمه الشىء محل الوكالة من أدوات لحفظه» « ولاستغلاله » .

كما تنص المادة ٧٠٢ على أنه « لابد من وكالة خاصة فى كل عمل» « ليس من أعمال الادارة وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات » « والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء » «والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح » « ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص الا اذ كان العمل» « من التبرعات » .

« والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة الا فى مباشرة الأمور » « المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة » « كل أمر وللعرف الجارى » .

وهذه النصوص تقابل نصوص المواد ٥١٥ و ٥١٦ و ٥١٧ من التقنين القديم ولا تختلف عنها كثيرا في أحكامها (١) .

وعلى هذا فورود الانابة في الفاظ عامة مؤداه في القانون المصرى اقتصارها على أعمال الادارة التى مثلت لها المادة ٧٠١ بذكر الايجار لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون الخ . وبديهى أن الأعمال التى عددتها تلك المادة لم تأت الا على سبيل المثال فيصح أن يضاف اليها كل عمل آخر يعتبر من أعمال الادارة حسب طبيعته ووفقا للعرف الجارى .

أما ما عدا أعمال الادارة فان القانون يشترط لصحة الانابة فيها أن تكون خاصة فيذكر فيها العمل المخول الى الوكيل القيام به اما بنوعه دون تحديد محله وذلك اذا كان التصرف المخول الى الوكيل من غير التبرعات واما بنوعه ومحله بالذات فى حالة التبرعات .

وهكذا نرى أن أعمال الادارة يصح أن تكون محلا لانابة عامة أو خاصة أما أعمال التصرف فلا تكون محلا الا لانابة خاصة لخطورتها « فاذا كان العمل تبرعا كالهبة والعارية فلا تكفى الوكالة الخاصة دون تعيين المال الذى يرد عليه العمل القانونى ، ويلاحظ أن تدرج الأعمال فى الخطورة يتمشى معه تدرج الوكالة فى التخصص فما كان من الأعمال محدود الخطورة كأعمال الادارة تكفى فيه الوكالة العامة

---

(١) تطابق حكم المادة ٧٠١ من القانون المدنى المصرى أحكام المواد ٦٦٧ من القانون المدنى السورى و ٧٠١ من القانون المدنى الليبى و ٧٧٦ من تقنين الموجبات العقود اللبنانى و ٥٧٣ من القانون المدنى الجزائرى، تقاربه أحكام الفصلين ١١١٩ و١١٢٠ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية و ٨٣٧ من القانون المدنى الأردنى أما القانون المدنى العراقى (م ٩٣١) فحكمه فى الوكالة العامة يخالف حكم القانون المصرى والقوانين المطابقة له اذ الوكالة العامة فى القانون العراقى لا تقتصر على أعمال الادارة بل تشمل كل التصرفات ولو تبرعية فهى لا تتخصص الا بتخصيص الموكل لها . وحكم القانون العراقى فى هذه النقطة قريب من حكم القانون الألمانى . أنظر ما يلى بند ١٠٠ .

فاذا زادت خطورة العمل كما فى أعمال التصرف وملحقاتها وجب أن تخصص الوكالة فى نوع العمل القانونى حتى اذا وصلت الخطورة الى الذروة كما فى أعمال التبرع وجب أن تخصص الوكالة فى نوع العمل القانونى وفى محله » (١) فاذا كانت الانابة خاصة تقيدت صفة النائب فى ابرام تصرفات باسم الأصيل بما هو وارد فى الانابة مع توابعه الضرورية وفقا لطبيعة العمل وللعرف الجارى (م ٧٠٢ فقرة ٣) (٢) .

٩٨ مكرر — رأينا أن الانابة فى التبرعات لا يكفى أن تكون خاصة من حيث نوع التصرف المخول للنائب فى القيام به بل ينبغى تخصيصها كذلك من حيث المال محل الصرف وذلك مراعاة لخطورة التبرعات وحتى لا يكون النائب مطلق اليد فى التبرع بما يشاء من أموال الأصيل .

ولكن هل معنى ذلك أنه لابد من ذكر المال محل التصرف فى سند الانابة ذاته أم يكفى أن يعين ذلك المال بأية طريقة أخرى كالاحالة مثلا فى سند الانابة الى وثيقة أخرى تتضمن بيان المال موضوع التبرع .

ان كل ما تشترطه المادة ٧٠٢ هو أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص اذا كان هذا التصرف من التبرعات ولا يشير النص الى ضرورة ذكر محل التبرع فى سند الانابة وحكمة النص هى حماية الموكل ازاء الخطورة التى تتسم بها أعمال التبرع ويكفى لتحقيق هذه الحكمة

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى على المادتين ٧٠١ و ٧٠٢ .

(٢) انظر حكم شبين الكوم الابتدائية ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ — المحاماة السنة ١٣ رقم ٢٩١ ص ٥٦٥ « للوكيل ان يجرى كافة الأعمال التى تدخل بطبيعتها ضمن العمل المصرح به فى التوكيل بحيث تعتبر وسيلة محتمة لتنفيذه ونتيجة لازمة له » وانظر حكم محكمة مصر الابتدائية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة السنة ٣٠ رقم ٥٤٠ ص ١٢٤٧ الذى قضى بأن التوكيل فى ادارة تجارة الموكل يتضمن التفويض فى التوقيع على السندات الاذنية وغيرها لأنها الوسيلة الطبيعية لنماء التجارة .

أن يكون الموكل عالما علما كافيا بالمال الذي سيتصرف فيه وكيله على وجه التبرع وقد يتوفر هذا العلم لدى الموكل اذا أحال سند الانابة (التوكيل) على وثيقة أخرى صادرة من الموكل وحاوية بيانا وافيا للمال محل التصرف فمعيار تخصيص الانابة فى التبرعات من حيث الموضوع هو علم الأصيل بالمال المخول للنائب التصرف فيه والصورة المثلى لتحقيق هذا العلم لدى الأصيل هى بيان ذلك المال فى سند الانابة ذاته فهنا لا تثور أية صعوبة فى تحديد مدى سعة نيابة النائب ولكن الصعوبة تثور اذا لم يرد ذكر محل التصرف فى سند الانابة الا بطريق الاحالة وفى هذا الغرض يتعين البحث على ضوء ظروف كل حالة عما اذا كان لدى الأصيل العلم الكافى بالمال الذى سيرد عليه تصرف النائب فاذا توفر لديه هذا العلم بوجه قطعى تحقق شرط تخصيص الانابة من حيث محل التصرف أما اذا كانت الظروف لا تدل على أن لدى الأصيل مثل هذا العلم اليقينى بالمال الذى سيرد عليه التصرف فان تعيين هذا المال فى سند الانابة بطريق الاحالة — دون ذكره فى صلب السند — لا يكون كافيا .

وعلى هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه « اذا كان المطعون عليه قد عهد الى وكيله بالتنازل عن نصيبه فى ميراث ولم يعين فى عقد الوكالة المال الذى انصب عليه التبرع بالذات فان هذا التنازل يكون قد وقع باطلا ولو كان الوكيل عالما بالمال محل التبرع طالما أن القانون قد اشترط تحديده فى ذات سند التوكيل » (١) وظاهر أن الأصيل فى

---

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر ١٩٦٢ — مجموعة المكتب الفنى ١٣/١٤٩/١٩٧٧ — ويلاحظ على هذا الحكم أن القانون لم يشترط تحديد المال موضع التصرف « فى ذات سند التوكيل » بل اشترط فقط أن « يعين محل هـــذا العمل على وجه التخصيص » (م ٢/٧٠٢) كما أن قول المحكمة ان « هذا التنازل يكون قد وقع باطلا » ينطوى على عدم الدقة فى التعبير ذلك أن جزاء تصرف النائب خارج حدود نيابته ليس هو البطلان بل عدم نفاذ تصرفه فى حق الأصيل .

مثل هذه الحالة قد لا يكون عالما بعناصر التركة التى تلقى الأرث فيها علما كافيا ولا عالما بما يدخل فى نصيبه بالذات من أموال التركة ولذلك فالانابة الصادرة فى التنازل عن ذلك النصيب جملة يشوبها عدم تحديد محل التنازل وهو من التبرعات ولا يغنى عن ذلك ــ كما يقول الحكم ــ أن يكون الوكيل عالما بالمال محل التبرع فالعبرة فى تخصيص الانابة فى التبرعات بالمحل هى بعلم الأصيل لا بعلم النائب .

وفى قضية أخرى فصلت فيها محكمة النقض (١) كان علم الأصيل بالمال محل التبرع ثابتا من الظروف بوجه قطعى ولذلك قضت المحكمة بأن الانابة صحيحة ومنتجة لآثارها وان لم يرد ذكر الأموال فى سند الانابة ذاته ، ويتلخص موضوع الطعن الذى صدر فيه هذا الحكم فى أن أحد الواقفين أصــدر توكيلا فى تغيير اشهاد وقف معين ولم يورد فى صلب التوكيل بيان أعيان الوقف ومع ذلك فقد اعتبرت المحكمة أن التغيير الذى أجراه الوكيل بموجب هذا التوكيل صحيح ومنتج لآثاره برغم عدم ورود بيان الأعيان فى سند التوكيل اكتفاء بأن حجة الوقف الوارد ذكرها فى التوكيل ثابت بها بيان الأعيان محل الوقف وحدودها ومعالمها ، فهنا اكتفت المحكمة بالاحالة فى سند الانابة الى ورقة أخرى سبق صدورها من الأصيل ذاته لأن مثل هذه الاحالة فى هذه الظروف تقطع بعلم الأصيل علما تاما بالأموال التى سيجرى عليها تصرف نائبه على وجه التبرع .

ولا نرى بين هذين الحكمين المتقاربين فى التاريخ تناقضا فالتوفيق بينهما ممكن بارجاعهما الى مبدأ عام هو أن العبرة فى تخصيص الانابة فى التبرعات من حيث المال محل التصرف المناب فيه هى بعلم الأصيل علما تاما ويقينيا بالمال الذى سيقع عليه التصرف سواء استمد الدليل على هذا العلم من ذكر ذلك المال فى ســند الانابة ذاته أو استمد من

(١) نقض مدنى ٦ مارس ١٩٦٨ ــ مجموعة المكتب الفنى ٥٢٨/٧٩/١٩ .

ظروف أخرى ــ أخصها الاحالة فى سند الانابة الى ورقة أخرى صادرة من الأصيل ــ يكون من شأنها امكان القول بتحقيق ما اشترطه القانون فى المادة ٧٠٢ وهو أن « يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص » ٠

٩٩ ــ واذا كانت الانابة خاصة بنوع من التصرفات القانونية فى مستوى معين من الخطورة فهل يدخل ضمن حدود مكنة النائب اجراء تصرفات مشابهة أقل خطورة مما صرح به فى الانابة ، وذلك على أساس أن من يملك الأكثر يملك الأقل ؟ الواقع أن الجواب على هذا التساؤل بالايجاب وان كان يتفق مع ظاهر المنطق الا أن فى اطلاق الحكم نظرا وذلك لما يكتنف كل حالة فى العمل من ظروف مقتضاها تقييد اطلاق قاعدة « من يملك الأكثر يملك الأقل » ولذا كان من الأوفق أن يترك الأمر للقضاء فى كل حالة على حدة ليقرر ما اذا كان العمل الأقل خطورة ــ من حيث نوعه ــ داخــلا فى نطاق النيابة طبقا للقاعدة المشار اليها أو خارجا عنها لما يلازمه فى العمل من ظروف قد تجعل خطورته العملية أكبر من خطورة العمل المصرح به فى الانابة ٠

وللقضاء المصرى تطبيقات فى هذا الشأن نستحسن الاشارة الى اثنين منها جاء الحكم فى كل منهما مخالفا للحكم فى الآخر ومن مقارنتهما يتضح تعذر اطلاق مبدأ « من يملك الأكثر يملك الأقل » بالنسبة لمدى النيابة ويتبين وجوب ترك الأمر للقاضى فى كل حالة بظروفها ٠

قضت محــكمة الاســتئناف المختلطة فى حكم صادر لها فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ (١) فى قضية زوجة صدرت لها من زوجها انابة فى البيع والشراء والرهن والقبض بأن لهذه الزوجة أن تقترض باسم زوجها عن طريق توقيع سندات اذنية ، وأن الأصــيل ملزم فى هــذه الحالة بالالتزامات التى يرتبط بها نائبه على هذا الوجه ، وقد تساءلت المحكمة

---

(١) البلتان ٣٧/٥٥ ومنشور أيضا فى المحاماة السنة ٦ رقم ٢٢٤ ص ٢٩٢ ٠

فى حيثيات حكمها : ما دام أن للزوجة بمقتضى الانابة أن ترهن أموال زوجها ضـــمانا لدين أفلا يكون لهـــا أن تستدين باسمه بغير رهن ؟ وخرجت المحكمة من هذا التساؤل بجواب ايجابى استنادا الى المبدأ القائل « من يملك الأكثر يملك الأقل » (١) ٠

وبعكس ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة نفسها فى حكمها الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ (٢) فى قضية زوج صدرت له من زوجته انابة فى رهن أموالها وقام الزوج بالاقتراض باســم الزوجة بمقتضى هذه الانابة وذلك بغير رهن وعن طريق توقيع سندات أذنية ، فقد قضت المحكمة بأن تصرف النائب على هذا الوجه خارج عن حدود نيابته ولا يلزم الأصيل مقررة أن المبدأ القائل « من يملك الأكثر يملك الأقل » ليس مؤداه ادخال عمل غير مصرح به كالاقتراض عن طريق توقيع سندات فى نطاق انابة قاصرة على رهن أموال الأصيل (٣) ٠ وقد أوضحت المحكمة فى حيثياتها أن خطورة الاقتراض عن طـــريق

---

(١) « من حيث أنه يخلص من التوكيل المقدم أمام الاستئناف أن زوجة دولتيان قــد صــدر لها من زوجها توكيل فى البيع والشراء والرهن واستلام المبالغ وعلى ذلك فاذا كان لها بمقتضى هذا التوكيل أن ترهن أملاك زوجهـــا أفلا يكون لها أن تقترض لحسابه بغير رهن ؟ لا شك فى الجواب على التساؤل بالايجاب اذ أن من يملك الأكثر يملك الأقل » ٠

« Attendu qu'il résulte de la procuration produite en degré d'appel que l'épouse de Dawlatian avait reçu de son mari, mandat de vendre, acheter, hypothéuqer et encaisser le montant : si donc elle pouvait, en vertu de ce pouvoir, hypothéquer les biens de son mari, ne pouvait-t-elle pas emprunter pour son compte sans hypothéquer ? L'affirmative est certaine : qui peut le plus peut le moins »... Cour d'Appel Mixte, 9 Décembre 1924, B. 37/55.

(٢) البلتان ٥٥/١٠

(٣)
« Le mandat d'hypothéquer les biens du mandat ne saurait, en vertu du principe que qui peut le plus peut le moins, être étendu à un acte à l'accomplissemen tduquel le mandataire n'était pas formellement autorisé, tel qu'emprunter et souscrire des effets ». Cour d'Appel Mixte, 25 Novembre 1942, B. 55/10.

لا يسوغ تطبيقا لمبدأ أن من يملك الأكثر يملك الأقل ، أن يمتد التوكيل فى رهن أملاك الموكل الى تصرف آخر لم يرخص فيه للوكيل صراحة مثل الاقتراض وتوقيع الكمبيالات محكمة الاستئناف المختلطة ٢٥ نوفمبر سنه ١٩٤٢ ٠ البلتان ٥٥/١٠ ٠

توقيع سندات وبغير رهن قد تتجاوز فى العمل خطورة الاقتراض برهن وذلك لأن التزامات الأصيل فى هذه الحالة الأخيرة لا يمكن أن تتجاوز مبلغا يتناسب وقيمة أمواله التى سترهن ضمانا للدين بينما التزاماته فى حالة الاقتراض بغير رهن لا تتحدد بشىء من ذلك وقد تتجـاوز المدى الذى كان يقصده الأصيل عند صدور الانابة •

ومن ذلك يتضح أن ادخال التصرفات الأقل خطـورة من حيث نوعها فى نطاق انابة خاصة بتصرفات هى بطبيعتها أكثر خطورة ليس مما يمكن الأخذ به فى جميع الأحوال وأن تطبيق المبدأ الذى مؤداه أن من يملك الأكثر يملك الأقل لا يصح أن يكون مطلقا فيما يختص بمدى النيابة بل يستحسن ترك التقدير فيه الى القضاء طبقا لظروف كل حاله مستهديا دائما بارادة الأصيل وقصده من اصدار الانابة (١) •

١٠٠ ـ وأحكام القانون المصرى فى خصـوص مدى النيابة تتفق وأحكام التقنينات اللاتينية كالقـانون الفرنسى فى المـادة ١٩٨٨ والمشروع الفرنسى ـ الايطالى فى المـادة ٥٦٩ وكلها تقصر الوكالة العامة على أعمال الادارة وتشترط لأعمال التصرف وما يقترن بهـا كالصلح والاقرار وكالة خاصة •

وعلى خلاف ذلك نجد أحكام القانون المدنى الألمانى لا تشترط انابة خاصة فى أعمال معينة بل أن الانابة العامة تكفى فى القانون الألمانى لكافة الأعمال القانونية والأمر فى هذا القانون هو أمر تفسـير ارادة الأصيل فى كل حالة على حدة لمعرفة ما اذا كان عمل من الأعمـال

---

(١) انظر حكم محكمة السين الابتدائية ٢٩ مايـو ١٩٤٥ (جازيت دى باليه ١٩٤٥/٢/٣٠) الذى قضى بأن التوكيل فى بيع أرض لا يخول الوكيل بيع الاشـجار القائمة على تلك الارض •

ـ تصرفا كان أو غيره ـ يدخل فى حـدود النيابة أو يخرج من تلك المحدود وهو أمر متروك لتقدير القاضى فى جميع الأحوال (١) •

١٠١ ـ ومما يدخل فى تحديد مدى النيابة وتعيين حـدودها معرفة ما اذا كان لاحد النواب المتعددين مكنة الانفراد بالتصرف باسم الأصيل أم يتعين اجتماعهم على هذا التصرف • فقد يحدث فى العمـل أن ينيب الأصيل عنه أكثر من نائب واحـد فيكون أمر معرفة امكان انفراد أحـدهم بالتصرف أو وجوب اجتماعهم عليـه أمرا يرجع الى تحديد مدى نيابة كل منهم • ويتوقف حل هذه المسألة ككل المسائل المتعلقة بمدى النيابة على تعرف ارادة الأصيل فى الانابة أو تفسير هذه الارادة فاذا كانت الانابة صريحة فى امكان انفـراد أحـد النـواب المتعددين بالتصرف أو فى وجوب اجتمـاعهم تحدد مدى نيابتهم على الوجه الوارد بالانابة ، غير أن هـذا المدى قد يتبين من تفسير ارادة الأصيل على ضوء ظروف الحال اذا لم يتبين من صريح تلك الارادة ، فاذا فرضنا مثلا أن الأصيل قد أعطى كل من النائبين عنه صـك انابة مستقلا كان مفهوم ذلك امكان انفراد كل منهم بالتصرف بعكس ما اذا كان قد أعطاهم صك انابة واحدا ففى هذا الفرض يتعين اجتماعهم على التصرف •

واذا فرضنا أن أكثر من واحـد من النائبين الحاملين لصـكوك انابة انفرادية تخـول كلا منهم مكنة بيع مال مملوك للأصـيل ، قد تصرف من جانبه فى ذلك المال بالبيع لشخص من الغير فان جميع العقود التى يعقدونها تعتبر نافذة ومنتجة لآثارها فى ذمة الأصيل وذلك لأن كلا منهم قد تصرف فى حدود نيابته • ولكن كيف يكون التفضيل بين المشترين فى هذا الفرض ؟ يرى بعض المؤلفين أنه ازاء تساوى السند

---

(١) وهذا الحكم فى القانون المدنى الألمانى مخالف لحكم التقنين البروسي السابق عليه ـ بوبسكو ـ رامنسيانو ٤٣٣ ـ ٤٣٤ وانظر كذلك ص ٣٦٧ •

تكون الأفضلية للسابق من المشترين فى وضع اليد بحسن نية (١) وهو حل سليم من الوجهة القانونية ومتفق مع مقتضيات العدالة ، مع ملاحظة اتباع قواعد الشهر فى البيوع العقارية .

واذا كانت الانابة الصادرة لأكثر من نائب تلزمهم بالتصرف مجتمعين فان ذلك لا يعنى حتما وجوب اجتماعهم على التصرف فى وقت واحد حتى تنتج النيابة أثرها ، ذلك أن وجوب تصرفهم مجتمعين معناه موافقتهم جميعا على التصرف (٢) واذن فمن المتصور أن يتعاقد أحد النواب المتعددين مع الغير فى تاريخ معين ثم تصدر موافقة سائر النواب فى تواريخ لاحقة وفى هذه الحالة لا تعتبر النيابة تامة ولا ينتج العقد أثره فى ذمة الأصيل الا من وقت موافقة آخر النواب أى من وقت اكتمال التعبير عن ارادتهم فى العقد المبرم مع الغير .

على أنه فى الحالات التى تصدر فيها انابة جماعية لعدد من النواب مع عدم الترخيص فى انفرادهم بالعمل يخفف القانون من حدة هذه الانابة تسهيلا للمعاملات فى الأحوال التى لا خطر فيها على مصلحة الأصيل من انفراد أحد النواب ، ومن ذلك نص المادة ٧٠٧ فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى التى تقرر أنه « اذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين الا اذا كان العمل مما لا يحتاج فيه الى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه » والاستثناء الوارد بآخر هذه الفقرة يتضمن حكما

---

(١) فون نوصر ص ٣٠٥ وبلجساى ص ٥٩ — ٦٠

(٢) نقض ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ « مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما » — ٢ ص ٨٣٩ رقم ٤٨ : « المقرر شرعا وقانونا أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين المشروط لهما فى التصرف مجتمعين اذا تصرف باذن صاحبه أو باجازته نفذ تصرفه صريحة كانت الأجازة أو ضمنية ، فاذا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفا ، صح تصرفه متى صدرت من شريكه فى الوصاية أعمال وتصرفات دالة على رضائه بهذا التصرف » .

مستحدثا لم يكن منصوصا عليه فى المادة المقابلة من التقنين القديم وهى المادة ٥١٩ كما أنه لم يكن موجودا فى المشروع الأول وانما أضيف الى المادة ٧٠٧ عند نظر المشروع فى مجلس النواب « لازالة لبس عرض فى العمل » كما ذكرت اللجنة التشريعية فى تقريرها • وحكمة هذا التعديل واضحة من حيث انتفاء علة وجوب اجتماع النواب المتعددين فى تلك التصرفات التى لا تحتاج الى تبادل الرأى والتى لا خطر منها على مصلحة الأصيل (١) •

١٠٢ ــ وحكم الشريعة الاسلامية فى حالة تعدد النواب المعينين فى انابة واحدة هو نفسه حكم القانون المدنى المصرى ، فالمقرر فى الشريعة الغراء أنه « لا ينفذ تصرف أحد الوكيلين معا ــ كوكالتهما بكذا ــ وحده ولو الآخر عبدا أو صبيا أو مات أو جن الا فيما اذا وكلهما على التعاقب » (٢) ، وكذلك « لو وكل رجلين ببيع شىء وأحدهما عبد أو محجور عليه أو صبى لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لأنه ما رضى برأيه وحده حتى ضم اليه رأى الآخر .. ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه لأنه مارضى برأيه وحده » (٣) ، و « اذا وكل وكيلين فى تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لأنه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لأنه لم يأذن له فى ذلك وانما يجوز له

---

(١) وحكم المادة ٢/٧٠٧ من القانون المدنى المصرى مطابق لحكم المادة ٢/٦٧٣ من القانون المدنى السورى والمادة ٢/٧٠٧ من القانون المدنى الليبى والمادة ٩٣٨ من القانون المدنى العراقى والمادة ٧٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى والفصل ١١٢٥ من مجلة الالتزامات العقود التونسية والمادة ٢/٥٧٩ من القانون المدنى الجزائرى والمادة ٢/٨٤٢ من القانون المدنى الاردنى • وأنظر المادة ٢٦ من قانون الوكالة السودانى التى جاءت بحكم مشابه •

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٢٦ وانظر بالمعنى نفسه شرح الدردير جـ٣ ص٣٩٦ •

(٣) المبسوط ج ١٩ ص ٤٥ • وانظر كذلك ص ٥١ فى جواز الانفراد اذا لم يكن تعيين النواب بصك واحد « واذا وكل رجلا ببيع عبده هذا ثم وكل آخر به أيضا فأيهما باعه جاز لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده » •

ما أذن فيه موكله ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأي ... فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف » (١) .

واذا كان القانون المصرى والكثير من قوانين البلاد الأخرى قد اختارت قاعدة وجوب اجتماع النواب المتعددين على التصرف فى حالة عدم الترخيص لهم فى الانفراد كما هو حكم الشريعة الاسلامية ، فان من تشريعات بعض البلاد مالا يتبع هذه القاعدة وذلك كالقانون المدنى الايطالى (م ١٧١٦ و ٢٣٠٣) وقانون الالتزامات البولونى (م ١٠٢) والقانون المدنى الشيلى (م ٢١٢٧) فهذه التشريعات كلها تنص على امكان انفراد كل واحد من النواب المتعددين بالتصرف باسم الأصيل فى حالة خلو صك الانابة من النص على وجوب اجتماعهم على التصرف . كما أن هناك بعض التشريعات التى اختطت سبيلا مغايرا اذ اعتبرت النواب المتعددين بديلا أحدهم عن الآخر وبالترتيب الذى ترد به أسماؤهم فى صك الانابة بمعنى أن النائب الذى يرد اسمه تاليا لاسم غيره لا تكون له صفة فى التصرف باسم الأصيل الا اذا تعذر ذلك على من يسبقه وهذا هو حكم القانون المدنى البرازيلى (م ١٣٠٤) .

١٠٣ — ومن المسائل التى يتوقف حلها على تعرف مدى النيابة مسألة انابة النائب غيره فى ابرام تصرف باسم الأصيل فان جواز تلك الانابة للنائب أو امتناعها عليه رهن بحدود مكنته التى قد يدخل فيها أو يخرج عنها انابة غيره عن نفسه حسب الأحوال .

وبصدد النيابة الاتفاقية نجد أن المادة ٧٠٨ من القانون المدنى المصرى تنص على ما يلى :

« اذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون ان يكون

---

(١) المغنى ج ٥ ص ٢١٤ .

مرخصا له فى ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو .. أما اذا رخص للوكيل فى اقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فان الوكيل لا يكون مسئولا الا عن خطئه فى اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات . ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر » وقد جاءت بحكم هذه المادة عينه المادة ٦٧٤ من القانون المدنى السورى والمادة ٧٠٨ من القانون المدنى الليبى والمادة ٥٨٠ من القانون المدنى الجزائرى اما المواد المقابلة فى القانون المدنى العراقى وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى وفى مجلة الالتزامات والعقود التونسية وفى قانون الوكالة السودانى وفى القانون المدنى الأردنى فقد جاءت بأحكام مغايرة سنشير اليها فى حاشية البند ١٠٥ .

وظاهر من هذا النص أن للنائب الاتفاقى ــ ولو كان غير مرخص له فى ذلك ــ أن ينيب غيره فى اجراء التصرف الذى تقع آثاره مباشرة فى ذمة الأصيل وكل ما هنالك من فرق بين حالة وجود الترخيص بالانابة وبين حالة عدم وجود ذلك الترخيص هو فى المسئولية التى تقع على الوكيل فهو فى حالة الترخيص بالانابة عن نفسه لا يسأل الا عن خطئه فى اختيار النائب أما فى حالة انابة غيره عنه بدون ترخيص فيكون مسئولا عن عمل ذلك النائب كمسئوليته عن عمله هو . وهذه المسئولية التى يضيق نطاقها فى حالة وجود الترخيص ويتسع فى حالة عدم وجوده ليست مما يهمنا ونحن بصدد الأحكام العامة للنيابة لأن تلك المسئولية أمر يتصل بالعلاقة الداخلية بين الوكيل والموكل أى بعقد الوكالة وهو ما يخرج عن موضوعنا أما ما يتصل بهذا الموضوع فهو أن حكم النيابة ــ بمعنى انصراف أثر التصرف الى الأصيل ــ يجرى فى كل حالات انابة النائب غيره

عن نفســه فى ابــرام التصرف اذ ترجع آثار تصرف نائب النائب الى الأصيل رأسا بلا نظر الى كون الوكيل مرخصا له فى عقد الوكالة بانابة غيره أو غير مرخص له بذلك ٠

١٠٤ ـ هذا وان الفقرة الأخيرة من المادة ٧٠٨ التى تنص على أن للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما على الآخر مباشرة ليست الا تطبيقا للقاعدة العــامة فى أثر النيابة فما دامت الانابة الصــادرة من النائب الأصلى الى غيره داخلة فى نطاق نيابته فانها ككل تصرف يبرمه النــائب باسم الاصيل وفى حدود النيــابة تقع آثارها فى ذمة الأصيل رأسا ويرتبط بها الأصيل مع الغير الذى تعامل معه النائب مباشرة ومن ثم كان لكل من الأصيل ونائب النــائب أن يرجع على الآخر بدعوى مباشرة (١) ٠

وهذه القاعدة مقررة كذلك فى الشريعة الاسلامية متى جاز للنائب أن ينيب عنه غيره لوجود الاذن له فى ذلك ، ولم يفت فقهاء الشريعة أن يبرزوا قيام الرابطة المباشرة بين الأصيل وبين نائب النائب نتيجة لتصرف النائب فى الاستنابة باسم الأصيل ولحسابه وفى ذلك نجــد فى « المبســوط » قوله : « وان مات الوكيل أو جن أو ارتد ولحــق بدار الحرب فالوكيل الثــانى على وكالته لأن الوكيل الثــانى وكيل

---

(١) انظر فى الرأى العكسى الذى لا يعتبر رجوع كل من الموكل ونائب الوكيل على الآخر تطبيقا للقواعد العــامة بل يعتبره حكما خاصا نصــت عليه المادة ٣/٧٠٨ : السنهورى ـ الوسيط ـ ج ٧ المجلد الأول ـ فقرة ٣٦٢ ـ ص ٤٨٧ ٠ وفى الرأى المطابق لما قلناه فى المتن : اكثم الخولى ، الصلح والهبة الوكالة ـ القاهرة ١٩٥٧ ـ فقرة ١٨٥ ص ٢٣٢ ٠

وانظر نقض ١٩ نوفمبر ١٩٦٨ ـ المحاماة ٥٠/١٢٤/١٠٩ : أفادت المادتان ٧٠٨ و ٧١٠ مرتبطتين أنه يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بما التزم به نحوه الوكيل الأصلى (من رد ما انفقه فى تنفيذ الوكالة) وذلك سواء أكان الموكل قد رخص للوكيل الأصلى بتوكيل غيره أو لم يرخص له بذلك ؟

الآمر وكيل الوكيل فان فعل الوكيل الأول فى توكيله كفعل الموكل بنفسه فصار هو بعبارة الوكيل الأول وكيلا للموكل » (١) .

وقد خلا القانون المدنى الفرنسى من نص مماثل للمادة ٧٠٨ فيما يخص رجـوع نائب الوكيل الأصـيل مباشرة وان كانت المادة ١٩٩٤ تنص فى فقرتها الثانية على رجوع الموكل على نائب الوكيل وقد كان عدم النص على حالة رجوع نائب الوكيل على الموكل بدعوى مباشرة سببا فى اختلاف الفقهاء فى جواز ذلك فذهب فريق من بينهم بلانيول وريبير وسـافتييه الى عدم جواز رجوع نائب الوكيل على الأصـيل بدعوى مباشرة على أساس أن الدعاوى المباشرة لا يصح التوسع فى قبولها وهذا القول مردود بما تقدم لنا من أن ثمة علاقة تعاقدية بين الأصيل ونائب الوكيل أنشأها الوكيل الأصلى فى حدود وكالته وعلى ذلك فدعوى أحدهما على الآخر ليست من قبيل الدعاوى المباشرة بين من لا تربطهم علاقة تعاقدية وهى وحدها الدعاوى التى تحتاج الى نص يقررها وينبغى عدم التوسع فى قبولها .

أما القضاء الفرنسى فلم يكن بين أحكامه ما تعرض لهذه المسألة الا القليل من أحكام المحاكم الابتدائية (٢) التى اجازت لنائب الوكيل

---

(١) المبسوط جـ ١٩ ص ١٥٩ وانظر فى الفقه المالكى شرح الدردير على مختصر خليل (بهامش حاشية الدسوقى) مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٨ جـ ٣ ص ٣٩٢ - ويفرق الحنابلة بين الحالة التى يقول فيها الموكل لوكيله : وكل عنى أو يطلق له الاذن وبين الحالة التى يقول له فيها : وكل عنك ، ففى الحالة الأولى بصورتيها يقولون بقيام الرابطة المباشرة بين الموكل والوكيل الثانى أما فى الحالة الثانية فيرون أن الوكيل الثانى وكيل الوكيل . أنظر « منتهى الارادات » القسم الأول ص ٤٤٥ - ٤٤٦ .

(٢) محكمة السين فى ٤ يناير سنة ١٨٩٣ - جازيت دى باليه ١٨٩٣/١/٦٩٢ - وانظر رواست ص ١٥٠ حيث يقرر أن مسألة الدعوى المباشرة غير ذات أهمية فى العمل اذ يخيل دائما لنائب الوكيل ان يرجع على الاصيل بدعوى الاثراء على حساب الغير لاسترداد مايكون قد انفقه من مصروفات لمنفعة الأصيل وذلك بصرف النظر عن امتناع رجوعه على الاصيل بالدعوى المباشرة المستندة الى عقد الوكالة .

الرجوع على الموكل بدعوى مباشرة (١) الى أن أرست محكمة النقض الفرنسية القاعدة فى هذا الباب بحكمها الصادر فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٠ (٢) الذى قضى بأنه : « طبقا للمادة ١٩٩٤ فقرة ثانية من القانون المدنى للموكل حق الرجوع مباشرة على نائب الوكيل وبالتالى فان لنائب الوكيل أيضا دعوى مباشرة وشخصية على الموكل لاسترجاع ما قد يكون عجله من مبالغ أو أنفقه من مصروفات وللحصول على الأجر المستحق له .. واذن فيكون مستحقا لنقض الحكم الذى لا يقبل من نائب الوكيل دعواه ضد الموكل بمقولة أن تلك دعوى ذات صبغة احتياطية ولا يسوغ استعمالها الا فى حالة اخلال الوكيل الأصلى بالتزاماته » (٣) .

١٠٥ ــ ويلاحظ ما بين نص المادة ٧٠٨ من القانون الحالى (٤)

---

(١) هناك حكم قديم لمحكمة استئناف باريس ١٠ نوفمبر سنة ١٨١٢ ــ سيريه ١٨١٣/٢/١٩٤ اجاز رجوع نائب الوكيل على الموكل بأجره من غير تأصيل للقاعدة مبررا اياها باعتبار عملى هو تجنيب نائب الوكيل مشقة الرجوع على الوكيل الأصلى .

(٢) نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٠ ــ دالوز ١٩٦١/٤٩١ مع تعليق بقلم بيحو ينتقد فيه الحكم لكونه قضى على خلاف صريح نص المادة ١٩٩٤/٢ التى اقتصرت على رجوع الموكل على نائب الوكيل ولم تنص على الحالة العكسية كما يعيب على الحكم تجاهله مبدأ اقتصار آثار التصرفات وهذا النقد مردود بما جاء فى المتن من قيام علاقة عقدية مباشرة بين الموكل ونائب الوكيل نتيجة للاستنابة الصادرة من الوكيل فى حدود وكالته .

(٣) انظر تعليقا آخر على هذا الحكم بقلم جيرار كورنو فى المجلة ربع السنوية ١٩٦١ ص ٧٠٠ وما بعدها وفيه يبرر المعلق رجوع نائب الوكيل على الموكل تبريرا سليما على اساس العلاقة العقدية المباشرة بينهما . ولكنه يضيف أن المبدأ الذى قرره الحكم غير جار على اطلاقه بل يجب تحديده بالحالات التى تكون فيها الاستنابة مأذونا بها وهو ما لم يبرزه الحكم بل على العكس بنى قضاءه على نص المادة ١٩٩٤/٢ التى تقول : « وفى جميع الحالات .. » مما قد يفهم منه ان رجوع نائب الوكيل على الموكل جائز حتى فى حالة عدم الاذن فى الاستنابة بينما فى هذه الحالة تنتفى العلاقة العقدية المباشرة بين نائب الوكيل والموكل لتصرف الوكيل الأصلى خارج حدود وكالته .

(٤) المقابلة للمادة ٦٧٤ من القانون المدنى السورى والمادة ٧٠٨ من القانون المدنى الليبى والمادة ٥٨٠ من القانون المدنى الجزائرى والمواد ٧٨٢ ــ ٧٨٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى والمادة ٩٣٩ من القانون المدنى العراقى والفصل ١٨٢٧ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والمادة ٢٢ من قانون الوكالة السودانى والمادة ٨٤٣ من =

وبين نص المادة ٥٢٠ المقابلة لها من القانون المدنى القديم من اختلاف اذ كان النص القديم يجرى هكذا : « يجب أن يكون الاذن للوكيل بانابة غيره صريحا فى سند التوكيل .. » مما يصح معه القول بعدم جواز انابة الوكيل غيره عن نفسه اذا جاء التوكيل خلوا من أى نص على ذلك . غير أن القضاء كان يجرى فى تطبيق تلك المادة على طريقة لا تبعد عن مدلول نص المادة ٧٠٨ الجديدة اذ قضى بأنه « ان كانت المادة ٥٢٠ من القانون المدنى تستلزم أن يكون الاذن للوكيل بانابة غيره صريحا فى سند التوكيل الا أنه اذا كانت طبيعة عمل الوكيل لا تتفق وقيامه شخصيا بالعمل الموكل اليه فان سند التوكل يحمل فى طياته ضمنا الاذن بانابة الغير » (١) كما قضى بأن « المادة ٦٣٦ مدنى مختلط (المقابلة للمادة ٥٢٠ أهلى) التى تحظر على الوكيل الذى لم يرخص له صراحة أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة لا تقتضى بطلان تصرفات نائب الوكيل وللغير الذى تعامل مع نائب الوكيل بحسن نية فى حدود الوكالة أن يطلب اقرار التصرفات المبرمة مع نائب الوكيل كما لو كانت قد أبرمت مع الوكيل نفسه » (٢) .

= القانون المدنى الأردنى وتنص الأربعة الأخيرة ـ خلافا للقانون المصرى الحالى والقوانين العربية المطابقة له ـ على أنه ليس للوكيل أن يوكل غيره الا اذا كان قد أذنه الموكل فى ذلك أو فوض الامر لرأيه . وحكم القانون العراقى والقانون التونسى والقانون السودانى والقانون الاردنى فى هذه المسألة مطابق لحكم الشريعة الاسلامية . أنظر مايلى بند ١٠٦ أما أحكام تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فتختلف عن حكم القانون المصرى والقوانين العربية المطابقة له من وجوه أهمها عدم جواز الاستنابة الا باذن الموكل أو اذا كانت الوكالة عامة مطلقة وعدم النص على رجوع كل من الموكل ونائب الوكيل على الآخر مباشرة .

(١) ميت غمر الجزئية ٢٦ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ القسم الثانى رقم ٢٤١ ص ٤٠٩ ـ وحكم القانون المدنى فى هذه النقطة يطابق حكم الشريعة الاسلامية . أنظر نهاية المحتاج جـ٤ ص ٢٩ ومنهاج الطالبين جـ٢ ص ٦٢ وكذلك أحمد ابراهيم : أحكام التصرف عن الغير ص ١٩٦ (حاشية) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ ـ البلتان ٣٠٩/٤٣ .

وعلى هذا فان المادة ٥٢٠ من القانون المدنى القديم فى تطبيقات القضاء لها لم تكن لتختلف كثيرا عن المادة ٧٠٨ من القانون المدنى الحالى من حيث نفاذ تصرف نائب الوكيل فى حق الموكل بصرف النظر عن وجود الترخيص للوكيل بانابة غيره ، ذلك الترخيص الذى يقتصر أثره على تحديد مدى المسئولية فيما بين الموكل والوكيل .

على أنه اذا جاء النص على منع الوكيل من انابة غيره صريحا فى سند التوكيل فان الأمر حينئذ يكون متعلقا بمدى نيابة ذلك الوكيل ويكون فى انابته غيره عن نفسه رغم وجود الحظر الصريح خروج عن حدود النيابة ولا يكون تصرف نائب الوكيل نافذا فى حق الأصيل ـ شأن كل تصرف لا يدخل فى نطاق مكنة النائب ـ اللهم الا اذا أقره صاحب الشأن أى الأصيل .

القاعدة اذن أن مدى النيابة الاتفاقية يشمل انابة النائب غيره عن نفسه فى جميع الحالات باستثناء واحد هو حالة التصريح بمنع النائب من انابة غيره (١) ففى هذه الحالة وحدها يعتبر التصرف الذى يبرمه نائب النائب حاصلا خارج حدود المكنة المعطاة من الأصيل لنائبه ويأخذ حكم سائر التصرفات الخارجة عن حدود النيابة .

١٠٦ ـ والواقع أن هناك اتجاهين بارزين فى مختلف قوانين الدول بشأن الاستنابة (أى انابة النائب غيره عن نفسه) :

الاتجاه الأول : هو اتجاه القانون الفرنسى (٢) والقوانين المستمدة منه أو المتأثرة به ومؤداه امكان قيام النائب بانابة غيره عنه بصرف

---

(١) رواست ص ١٤٦ وبويسكو ـ رامنسيانو ص ٣٧٥ .

(٢) يلاحظ أن المادة ٣١ من مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى تنص على خلاف حكم المادة ١٩٩٤ من القانون المدنى الفرنسى فهى تمنع الاستنابة ما لم يصرح بها فى صك الانابة أو ينص عليها القانون فى حالات خاصة وبذلك ينحاز مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى الى الاتجاه الثانى المشار اليه فى المتن .

النظر عن الترخيص له من الأصيل فى تلك الانابة ما لم يكن ممنوعا من الاستنابة بصريح نص الانابة •

والاتجاه الثانى : هو اتجاه القانون الانجليزى وقوانين بلاد الشمال والقانون التجارى فى كل من ألمانيا والنمسا ، ومؤدى هذا الاتجاه حظر انابة النائب غيره ما لم يكن مرخصا له فى ذلك صراحة من الأصيل ، وهذا هو أيضا حكم الشريعة الاسلامية مع ملاحظة أن تفويض الأمر الى النائب يتضمن شرعا الاذن له فى الاستنابة •

وأصحاب هذا الاتجاه الثانى يعتبرونه أكثر عدالة وأشبه باحترام ارادة الأصيل من الاتجاه الأول لكون الأصل فى اختيار النائب خضوعه لاعتبارات شخصية راعاها الأصيل وقد لا تتوفر تلك الاعتبارات فيمن يستنيبه النائب •

أما الشريعة الغراء فالأصل فيها ـ كما قلنا ـ امتناع انابة النائب غيره ما لم يأذن له الأصيل ، فحكم الشريعة فى هذا الخصوص يتفق والاتجاه الثانى من الاتجاهين اللذين سلفت الاشارة اليهما (١) على أن الاذن للنائب بانابة غيره لا يشترط فى الشريعة أن يكون صريحا فقد يجىء ذلك الاذن ضمنيا متى كان الأصيل قد فوض الأمر الى نائبه كما « لو وكل وكيلا بشىء من التصرفات وقال : ما صنعت فيه فهو جائز ، فوكل الوكيل بذلك غيره فهو جائز » (٢) وكذلك « اذا قال الموكل للوكيل بالقبض : اصنع ما شئت فله أن يوكل غيره

(١) ابن عابدين ج ٤ ، ص ٤١٧ « (التوكيل) هو اقامة الغير مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم •• بكل ما يباشره الموكل بنفسه لنفسه •• قوله (لنفسه) أخرج الوكيل فانه لا يوكل مع أنه يباشر بنفسه » • وص ٤٢٨ « الوكيل لا يوكل غيره الا باذن آمره لوجود الرضا » • والمبسوط ج ١٩ ص ٣١ « الوكيل بالبيع ليس له أن يوكل غيره به •• (لأن) الموكل رضى برأى الوكيل الأول والناس يتفاوتون فى الرأى » •• ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٩ « وليس لوكيل أن يوكل بلا اذن أن تأتى منه ما وكل فيه • ولنفس المعنى فى الأم ج ٣ ص ٢٠٧ ـ والمغنى ج ٥ ص ٢١٥ •

(٢) المبسوط ج ١٩ ص ١٥٩ •

بالقبض » (١) وعلى ذلك فان الأصـل هو حظر الاستنابة ما لم يأذن بها الأصيل غير أن ذلك الاذن كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا . كما أن فقهاء الشريعة يستثنون من هذا الحظر ، الحالة التى تكون فيها طبيعة التصرف تقتضى انابة الغير فيه ، اذن نجد فى « نهاية المحتاج » (ج ٤ ص ٢٩) قوله « وان لم يتأت ما وكل فيه لكونه لا يحسنه أو لا يليق به أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتمل فى العـــادة كما هو واضح فله التوكيل عن موكله دون نفسه لأن التفويض لمثله يقصـد به الاستنابة » ، كما نجـد فى « المغنى » (ج ٥ ص ٢١٥) قـوله : « اذا كان (التصرف الموكل فيه) مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الاذن الى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه ... (وكذلك) أن يكون مما يعمله بنفسه الا أنه يعجز عن عمله كله لكثرته وانتشاره فيجوز له التوكيل فى عمله أيضا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل » .

وهذا هو حكم سائر مذاهب الشريعة الغراء (٢) .

١٠٧ ــ فاذا كان الأمر كذلك فى النيـــابة الاتفاقية وجب التساؤل عما اذا كانت قاعدة جواز انابة النائب غيره تنطبق على النيابة القانونية .

لاشك أن النيابة القانونية منظور فيها الى رعاية مصالح ناقصى الأهلية أو الغائبين ومن اليهم ولهذا فان شخص النائب القانونى هو دائما محل الاعتبار عند اختياره والمفروض أن يتولى بنفسه أداء المهمة الموكولة اليه ولهذا كان من غير السائغ للنائب القانونى أن ينيب عنه

---

(١) تحفة الفقهاء جـ٣ ص ٣٨٦ ــ ٣٨٧ وانظر بالمعنى نفســه شرح الدردير عن مختصر خليل (بهامش حاشية الدسوقى ، مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٨) ج ٣ ص ٣٩٢ وانظر ايضا كلام المحشى فى الصفحة عينها .

(٢) انظر فى الفقه المالكى شرح الدردير على مختصر خليل ج ٣ ص ٣٩٢ الا أن يكون الوكيل لا يليق به تولى ما وكل عليه بنفسه كوجيه فى حقير فله التوكيل .. أو الا أن يكثر .. فيوكل من يشاركه فى الكثير الذى وكل فيه ليعينه عليه .

غيره انابة عامة فى تولى شئون مهمته وان كان لا مانع من أن ينيب عنه غيره فى عمل أو أعمال معينة بل ربما كانت تلك الانابة الخاصة مما تقتضيه مصلحة الأصيل لما قد يستلزمه ذلك العمل المعين من استعداد لا يتوفر فى النائب القانونى ويتوفر فيمن ينيبه عنه (١) .

١٠٨ ـ ذكرنا أن مكنة النائب يمكن أن تقيد من أكثر من وجه وأن من تلك القيود ما يكون من حيث الشخص الذى يتعاقد معه النائب فقد تكون انابته قاصرة على التعاقد مع شخص معين من الغير أو مع واحد من أشخاص معينين كما قد تكون الانابة مطلقة من القيد من هذه الوجهة فيكون للنائب أن يتعاقد باسم الأصيل مع من يرى من الأشخاص .

فاذا كانت الانابة غير مقيدة من حيث الشخص جاز أن تتصور قيام النائب بابرام التصرف موضوع النيابة مع نفسه كأن يشترى لنفسه المال المخول اليه فى بيعه أو يبيع للأصيل شيئا من ماله تنفيذا للنيابة ، كما يتصور أن يكون الشخص الواحد نائبا عن اثنين فى نفس الوقت فيبيع مال أحدهما للآخر مثلا وينعقد بذلك التصرف القانونى بعمل النائب وحده دون مدخل للغير .

فبحث « تعاقد النائب مع نفسه » يدخل بهذا الوضع فى تحديد مدى النيابة ويتوقف جواز ذلك للنائب أو امتناعه عليه على معرفة مدى نيابته وتعيين حدود المكنة المعطاة له (٢) .

غير أن مسألة التعاقد مع النفس أثارت فى النظر جدلا طويلا حول الطبيعة القانونية لمثل ذلك التصرف وحول صحته أو بطلانه .

---

(١) رواست ص ٧٦ وبوبسكو رامنسيانو ص ٢٧٣ .

(٢) « Le contrat avec soi-même pose donc essentiellement une question de pouvoirs. Et il se ramène toujours à cette question ».
Flattet : « Les contrats pour le compte d'autrui », Paris, 1950, No. 98, p. 125.

ذلك أن كل عقـد يفترض تـلاقى ارادتين متميزتين فى صـورة ايجاب يصدر من أحد الطرفين وقبول يصدر من الطرف الآخر فالتعاقد مع النفس لا يتمشى اذن مع طبيعة العقد ذاتها لأننا لا نجد الا شخصا واحدا والا ارادة واحدة يتمثل فيها الايجاب كما يتمثل فيها القبول ولهذا كان من رأى البعض أن التعاقد مع النفس هو استحالة قانونية وأن التعبير ذاته (التعاقد مع النفس) تعبير لا معنى له لأن لفظ التعاقد ذاته يستلزم طرفين متعاقدين ولا يستقيم بطرف واحد •

هذا وان الذين جوزوا التعاقد مع النفس من الوجهـة النظرية اختلفوا فى طبيعته القانونية ففريق كان يرى أنه عقد حقيقى تجتمع على انشائه ارادتان ، وكان سند البعض من أصحاب هذا الرأى أن النائب اذ يتعاقد عن الأصيل انما يعبر فى الحقيقة عن ارادة الأصيل لا عن ارادته هو ثم انه حين يتعاقد عن نفسه بوصفه الطرف الثـانى يعبر عن ارادته هو فيتم بهذا بناء العقد من ارادتين ، وواضح ما فى هذا الرأى من مجـافاة للنظرية الحـديثة فى النيابة التى بمقتضـاها يستعمل النائب ارادته هو فى ابرام التصرف دون ارادة الأصيل والواقع أن هذا الرأى قال به بعض الفقهـاء الألمان فى زمن سابق على بروز النيابة بوضعها الحالى (١) •

وقد حاول الأستاذ بيلون فى رسالته (٢) أن يبرر اعتبار تعاقد النائب مع نفسه عقدا صـحيحا وذلك بالاستناد الى الفكرة المـادية للالتزام اذ قال انه يكفى لاعتبـار العقد قائما أن ترتبط ذمتا طرفيه ومتى أمكن عن طريق النيابة أن يتصرف الشخص فى ذمته هو باعتباره

---

(١) « رومير » فى بحث له ظهر سنة ١٨٧٤ • انظر بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٢٨٢ حاشية ص ٢٨٥ •

(٢) نبذة ١٧٠ •

أصيلا وفى ذمة غيره بوصفه نائبا فلا يوجد ما يمنع من القول بانعقاد العقد • وقد لوحظ على هذا التبرير بحق أنه يقوم على الخلط بين الالتزام وبين العقد (١) لأنه وان صح أن الالتزام فى جوهره علاقة بين ذمتين الا أن العقد يظل دائما اتفاق ارادتين فلابد من ارادتين متميزتين لانشاء العقد •

كما أن من أنصار اعتبار تعاقد النائب مع نفسه عقدا بالمعنى الصحيح من يبرر رأيه على أساس أن شرط انعقاد العقد ليس تلاقى ارادتين متميزتين وانما هو تلاقى تعبيرين عن الارادة وهذان التعبيران موجودان فى حالة تعاقد النائب مع نفسه فهو يعبر عن ارادته بوصفه نائبا ثم يعبر عن ارادته بوصفه أصيلا فى التعاقد فينعقد العقد نتيجة لهذين التعبيرين عن الارادة (٢) •

وأخيرا فان أحدث تبرير لاعتبار تعاقد النائب مع نفسه عقدا بالمعنى الصحيح يقوم على اعتبار المصلحتين الفرديتين اللتين يمسهما ذلك التصرف وعند صاحب هذا الرأى (٣) أن الصفة المميزة للتصرف القانونى بالارادة المنفردة ليست فقط وحدة التعبير عن الارادة وانما أيضا وحدة المصلحة التى ينظمها التصرف فاذا انبسطت آثار التصرف على مصلحتين فرديتين لم يكن لدينا تصرف قانونى بارادة منفردة بل كنا أمام عملية تعاقدية صحيحة وان انبنت على تعبير واحد عن الارادة • ويصح أن يتوجه الى هذا الرأى النقد الذى واجهه من قبل رأى بيلون وهو أنه ينطوى على خلط بين العقد وبين أثره أو بين التصرف وبين

---

(١) انظر بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٢٨٥ •

(٢) فون توهر ص ٢٩٥ حاشية ٥١ ومن هذا الرأى أيضا الأستاذ رواست فى دروس الدكتوراه ص ٥٢ •

(٣) مارتان دى لاموت : « التصرف القانونى بارادة منفردة » رسالة من تولوز سنة ١٩٥١ ص ٤٨ ـ ٥١ •
Martin de la Moutte : « L'acte juridique unilatéral », Thèse, 1951, pp. 48-51.

الالتزام ، ذلك أن مساس التصرف بآثاره لمصلحتين مختلفتين أمر وطبيعة هذا التصرف من حيث قيامه على ارادة واحدة أو على توافق ارادتين أمر آخر ، وليس ما يمنع أن تمس ارادة واحدة أكثر من مصلحة فردية واحدة اذا أساغت ذلك قواعد نظام قانونى معين هو فى حالتنا نظـام النيـابة .

وفريق آخر من الفقهاء لا يرون فى تعاقد النائب مع نفسه عقداً بالمعنى الصحيح لافتقـاد الارادتين المنشئتين للعقد وانما يعتبرونه تصرفا قانونيا بارادة منفردة وأول من نادى بهذا الرأى الفقيه الألمانى روملين وتبعه فـريق من الفقهاء الفرنسيين على رأسـهم سالى (١) وسندهم فى ذلك أن حقيقة الواقع تتنافى مع القول بتعدد الارادة حيث لا توجد فى حالات التعاقد مع النفس الا ارادة واحـدة هى التى تنشىء آثار التصرف فى ذمتى الطرفين .

١٠٩ ـ ومهما يكن من أمر هذا الجدل النظرى فان للتشريعات المختلفة موقفين من تعاقد النائب مع نفسه فمن التشريعـات ما يمنعه أصلا ومنها ما يجيزه أصلا غير أن هذه وتلك تستثنى من المنع حالات معينة أو تخضع الجواز لشروط معينة بحيث يصح القول بأن أحكام التشريعات المختلفة تتلاقى فى النهاية بشأن تعاقد النائب مع نفسه وان اختلفت نظرتها اليه فى الأصل (٢) .

والواقع أن حقيقة المشـكلة فى تعاقد النائب مع نفسـه هى فى تضارب المصلحة الموجود بطبيعة الأمور بين طرفى كل عقد مع ما فى

---

(١) انظر بويسكو ـ رامنسيانو ص ٢٨٦ وانظر سالى : الترجمة الرسمية للقانون المدنى الألمانى فى التعليق على المادة ١٨١ ص ٢٤٢ ـ ومن هذا الرأى الذى يعتبر التعاقد مع النفس تصرفا بارادة منفردة فلاتيه : العقود لحساب الغير ، باريس سـنة ١٩٥٠ ص ١٣٦ بند ٩٩ .

(٢) السنهورى : نظرية العقد بند ٢٣١ .

جمع الطرفين فى شخص واحد من خطـر قد يحيق بمصلحة الشخص الآخر ، فالنائب اذ يبيع مال الأصيل لنفسه مثلا تقوم به مظنه محاباة نفسه وتضحية مصلحة الأصيل لمصلحته هو ، كما أن النائب اذا تعاقد مع نفسه ممثلا لطرفى العقد فى نفس الوقت جاز ألا تتوفر لمصالح كل منهما الحماية الواجبة ولو أن الخطر فى هذه الحالة أقل من الخطر فى الصورة الأولى من صور التعاقد مع النفس .

لهذا فان اختلاف أحكام التشريعات بين المنع والاباحة لا يرجع فى الواقع الى اختلاف نظرتها الى طبيعة التعاقد مع النفس من الناحية النظرية وانما يرجع الى اعتبارات عملية محضة مردها الى وجود الخطر على مصلحة الطرف الآخر سواء كان النائب يتعاقد مع نفسه لنفســه أو يتعاقد مع نفسه لغيره أى نائبا عن الطرفين . ومن هنـــا نجد أن التشريعات التى أباحت التعاقد مع النفس استثنت من هذه الاباحة أحوالا يتحقق فيهـا الخطر كما أن التشريعات التى تمنع التعاقد مع النفس استثنت من هذا المنع أحوالا لا يوجد فيها الخطر ومن هنـا جاء التقارب بين مختلف التشريعات .

وقد تناول القانون المدنى المصرى تعــاقد النائب مع نفسه عند تنظيمه أحكام النيابة وذلك فى المادة ١٠٨ التى نصها :

« لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينـــوب عنه ســواء كان التعــاقد لحســابه هو أم لحسـابشخص آخــر ، دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجــوز للأصيل فى هــذه الحالة أن يجيز التعـــاقد . هذا كله مع مراعاة ما يخــالفه ممـا يقضى به القانون أو قواعد التجارة » (١) . وحكم هذه المادة مطابق لأحكام

(١) أنظر نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٦٣ ـ مجموعة المكتب الفنى ١٤/١٦٩/١١٧٣

المواد ١٠٩ من القانون المدنى السورى و ١٠٨ من القانون المدنى الليبى و ٧٧ من القانون المدنى الجزائرى و ١١٥ من القانون المدنى الأردنى .

ولم يكن لهذا النص العام مقابل فى قانوننا المدنى القديم غير أنه مع ذلك لم يستحدث حكما مغايرا لحكم القانون القديم فقد كان هذا القانون يحوى نصا تفصيليا فى باب البيع (المادة ٢٥٨) يتضمن القاعدة نفسها اذ كان لا يجيز للنائب شراء الشىء المنوط به بيعه لنفسه ، وان كان يعطى الأصيل حق اقرار هذا التصرف فيصبح نافذا (١) .

والمادة ١٠٨ من القانون المدنى مأخوذة بنصها من المادة ٣٧ من مشروع الالتزامات الفرنسى ـ الايطالى ، كما أن حكمها مطـــابق لحكم المادة ١٨١ من القانون المدنى الألمانى وعلى هذا يصح القـــول بأن القانون المدنى المصرى من التشريعات التى تمنع فى الأصل تعـــاقد النائب مع نفسه مع استثناء الحالات التى ينتفى فيها الخطر وقد جعل معيار انتفاء الخطر ترخيص الأصيل مقـــدما بالتعاقد مع النفس أو اجازته اللاحقة لهذا التعاقد ولا شك فى أن ترخيص صاحب الشـــأن أو اجازته خير ضمان لحماية مصلحته .

أما عن التحفظ الوارد فى عجز المادة خاصا بما يخالف حكمها من نصوص القانون أو قواعد التجارة فقد بينت المذكرة الايضاحية أنه « يجوز أن تقضى بعض نصوص القانون أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك اباحة تعامل الولى مع ولده وفقا

---

(١) مادة ٢٥٨ مدنى أهلى (٣٢٥ مدنى مختلط) : « لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء ولا للوكلاء المقامين من موكليهم أن يشتروا الشىء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة فاذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع اذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق » . والحكم نفسه بخصوص البيع وارد فى القانون المدنى العراقى اذ تنص المادة ٥٩٢ منه على أنه « ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعهـــا .. على أن الشراء .. يصـــح اذا أجازه من تم البيع لحسابه .. » .

لأحكام الشريعة الاسلامية واباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى » •

وما جاءت به المادة ١٠٨ من تعليق جواز تعاقد النائب مع نفسه على ترخيص الأصيل أو اجازته وعلى النصوص القانونية التى قد تبيحه دليل على ما قدمناه من أن حكم تعاقد النائب مع نفسه يتوقف على بحث مدى النيابة . ذلك أن النيابة اذا كانت اتفاقية فان مداها تحدده الانابة الصادرة من الأصيل كما سبق لنا تفصيله فان كانت هذه الانابة (سواء كانت سابقة أو كانت لاحقة فى صورة اجازة) تخول للنائب أن يتعاقد مع نفسه جاز له ذلك ووقع تصرفه نافذا وملزما للأصيل لدخوله فى نطاق سلطة النائب (١) • أما فى النيابة القانونية فقد قلنا أن القانون هو الذى يحدد مداها فان اجازت النصوص التى تنظمها النائب أن يتعاقد مع نفسه جاز ذلك التعاقد بالصورة التى حددتها النصوص وهى لا تجيز ذلك الا فى الأحوال التى ينتفى فيها الخطر على مصلحة الأصيل وبالشروط والأوضاع التى تكفل حماية هذه المصلحة وهذا هو المقصود بعبارة المادة ١٠٨ فى عجزها •

أما عن اشارة المادة ١٠٨ الى ما تقضى به قواعد التجارة فقد ذكرت المذكرة الايضاحية أن المقصود بذلك هو اباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى • واذا كان هذا هو المقصود بعبارة قواعد التجارة فى المادة ١٠٨ كان فى ادخالها ضمن الأحكام العامة فى النيابة نظر ، ذلك أن الوكيل بالعمولة هو وكيل غير نائب لأنه يتعاقد باسمه هو لحساب الأصيل فتلتحق به آثار العقد ثم ينقلها بدوره الى الأصيل بينما أن التعاقد باسم الأصيل

---

(١) على أنه نظرا لأن الأصل هو منع التعاقد مع النفس فنرى أن الترخيص بذلك يجب أن يكون صريحا ولا يصح استنتاجه ضمنا أو ادخال تصرف النائب مع نفسه فى حدود الانابة الظاهرية أو تجويزه عن طريق تفسير ارادة الأصيل المتجلية فى الانابة •

شرط أساسي لتحقق حكم النيابة وانصراف الآثار مباشرة الى الأصيل (مادة ١٠٦) ، ومتى كان الوكيل بالعمولة وكيلا غير نائب كان فى ادخال تصرفه عن طرفى العقد فى باب تعاقد النائب مع نفسه نظر .

هذا وواضح من الحكم الذى تضمنته المادة ١٠٨ أن تعاقد النائب مع نفسه ليس بحال استحالة قانونية بل هو تصرف صحيح جائز بشرط دخوله فى حدود النيابة على ما تقدم لنا بيانه ، أما اذا خرج عن تلك الحدود فلا يقع التصرف باطلا وانمافقط لا يحتج به على الأصيل (١) فان أقره هذا الأخير سرى عليه .

وقد جاء القانون المدنى فى مواد البيع بتطبيقات للقاعدة العامة الواردة فى المادة ١٠٨ وذلك فى المواد ٤٧٩ و ٤٨٠ و ٤٨١ التى مؤداها عدم جواز شراء النائب لنفسه الشىء المنوط به بيعه مالم يكن ذلك بترخيص صاحب الشأن أو بأذن القضاء (٢) ويلاحظ على هذه النصوص أنها ادخلت شراء السماسرة والخبراء لأنفسهم الأموال المعهود اليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها (المادة ٤٨٠) ضمن أحوال

---

(١) الأعمال التحضيرية على المادة ١٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص١٠٨).

ونلاحظ بهذا الصدد أن نص المادة ١٠٨ يستعمل تعبير « الأجازة » فى قوله « على ان يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد » وفى هذا الاستعمال خروج على التفرقة المعهودة بين الاجازة confirmation ويقصد بها تصحيح أحد الطرفين لعقد قابل للابطال (المادة ١/١٣٩) وبين الاقرار ratification ويقصد به قبول الشخص لعقد ما كان يحتج به عليه لولا الاقرار . وقد كان نص المادة ١٠٨ فى المشروع (برقم ١٦١) يستعمل تعبير الاقرار ويبدو أن استبدال تعبير الاجازة به تم فى بعض مراحل التقنين بغير التفات الى الفارق الاصطلاحى بين التعبيرين . وربما استعملنا فى المتن هنا تعبير الاجازة أحيانا تمشيا مع النص التشريعى . أنظر فى الفارق بين الاجازة والاقرار السنهورى : نظرية العقد بند ٦١٦ ورواست ص ٨٠ ـ ٨١ .

(٢) أنظر فى منع الوكلاء من شراء الشىء المنوط بهم بيعه : الهلالى وحامد زكى فى البيع بند ٢٤٣ وما بعده وأنور سلطان : العقود المسماة ـ شرح عقد البيع والمقايضة (سنة ١٩٥١) بند ٤٥٢ ـ ٤٥٧ ويقرر المؤلف فى البند الأخير أن جزاء المنع ينبغى البحث عنه لافى قواعد البطلان وانما فى قواعد النيابة اذ يعتبر النائب الذى يتعاقد مع نفسه بغير اذن الاصل متجاوزا حدود نيابته .

الثلاث) مع أنه لا شبهة فى أن السمسار أو الخبير ليس نائبا ، بيد أن تعارض المصلحة — وهو الحكمة من الحظر — قائم فى هذه الحالات ولا شك •

١٠٩ مكرر — وفى الشريعة الاسلامية نجد المذاهب المختلفة منقسمة بين الاتجاهين الرئيسيين فى مسألة تعاقد النائب مع نفسه : اتجاه الحظر واتجاه الاباحة ، غير أن من يبيحونه يعتبرون أن الأصل هو المنع وأن الاباحة مقيدة بقيود معينة مرجعها الحرص على مصلحة الأصيل ، ومن يمنعون التعاقد مع النفس منعاً باتا نجد بينهم من يبيحه متى انتفى الخطر على مصلحة الأصيل •

فالحنفية والشافعية يذهبون الى حظر تعاقد النائب مع نفسه حظرا مطلقا سواء لنفسه أو لأصيل آخر ينوب عنه ومرجع هذا الحظر عندهم هو الاستحالة النظرية الممثلة فى تولى شخص واحد طرفى العقد لا مجرد التعارض بين مصلحة الأصيل ومصلحة النائب ولهذا لا يسمحون للنائب بأن يتعاقد مع نفسه حتى لو أذن له الأصيل فى ذلك ، ولم يذهب الى اباحة التعاقد مع النفس فى حالة انتفاء الخطر على مصلحة الأصيل الا قول مرجوح لدى الشافعية كما سنرى •

يقول فى « المبسوط » : لو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يجز وان صرح الموكل بذلك لأن الواحد فى باب البيع اذا باشر العقد من الجانبين يؤدى الى تضاد الأحكام فانه يكون مستردا مستقضيا قابضا مسلما مخاصما فى العيب ومخاصما ، وفيه من التضاد مالا يخفى » (١) •

---

(١) المبسوط جـ ١٩ ص ٣٢ — ٣٣ ويلاحظ أن حجة تضاد الاحكام التى تساق تبريرا لمنع تعاقد الوكيل مع نفسه لا تصح الا فى الصورة التى يكون فيها وكيلا عن الطرفين مع خفاء وكالته عن أى منهما على الاخر بحيث تتعلق أحكام العقد بالنسبة لكليهما به هو نفسه (أنظر مايلى بند ١٥١) والا فانه ان تعاقد مع نفسه لنفسه لم يصح القول بأنه يكون قابضا مسلما مخاصما فى العيب ومخاصما الخ .

ونقرأ فى نهاية المحتاج : « ولا يبيع لنفسه وولده الصغير وان نص له على ذلك وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة ، خلافا لابن الرفعة ، ودعواه جواز اتحاد الطرفين عند انتفاء التهمة بعيد من كلامهم اذ علة منع الاتحاد ليست التهمة بل عدم انتظام الايجاب والقبول من شخص واحد وخرج من ذلك الأب لعارض فبقى من عداه على المنع » (١) .

وهكذا فان جمهور الشافعية ـ مثل الحنفية ـ يرجعون حظر التعاقد مع النفس الى استحالة تولى شخص واحد طرفى العقد ويعتبرون قاعدة امكان بيع الأب لولده الصغير مال نفسه وشرائه مال الصغير ـ وهى قاعدة مقررة فى المذاهب الأربعة جميعا ـ مجرد استثناء لا يمس أصل المنع القائم على الاستحالة النظرية ، ولهذا فان اذن الأصيل لنائبه فى التعاقد مع نفسه لا يرتفع به الحظر ولو انتفت كل مظنة لتعارض المصلحتين كما لو كان الأصيل قد حدد الثمن فى مثال البيع ؛ ولم يخرج عن هذا الرأى الا ابن الرفعة فى القول الذى ينقله عنه صاحب « نهاية المحتاج » فعلى هذا القول يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه عند انتفاء التهمة أى متى لم يكن هناك أى احتمال لمحاباة النائب نفسه أو الأصيل الآخر على حساب الأصيل صاحب الشأن .

أما المالكية والحنابلة فانهم وان يكن الأصل عندهم كذلك منع تعاقد النائب مع نفسه الا أن علة هذا المنع هى تعارض المصالح القائم بين الأصيل والنائب فهى اذن علة عملية وليست استحالة منطقية تحول مطلقا دون امكان تولى شخص واحد طرفى العقد ـ كما عند الحنفية والشافعية ـ ولهذا أمكن للمالكية والحنابلة أن يجيزوا تعاقد النائب مع نفسه متى أذن له الأصيل فهذا الاذن خير ضمان لانتفاء الخطر

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٧ .

على مصلحة الاصيل ولذلك يجوز التعاقد مع النفس — فى مثال البيع — متى كان الأصيل قد حدد الثمن الذى يقبل أن يبيع به الشيء المخول الى النائب فى بيعه ولكن يشترط أن لا يكون هناك راغب فى الشراء بأكثر من ذلك الثمن ، فجواز تعاقد النائب مع نفسه فى هذه الصورة — والفرض أن الأصيل لم يأذن — مرجعه الى ظروف قاطعة فى الدلالة على انتفاء الخطر على مصلحة الأصيل لكونه قد حدد الثمن الذى يرضاه من جهة ولعدم وجود راغب فى الشراء بأكثر من ذلك من جهة أخرى •

يقـول الدردير فى شرحه لمختصر خليل : « ومنـع بيعه أى الوكيل •• لنفسه ما وكل على بيعه ولو سمى له الثمن لاحتمال الرغبة فيه بأكثر ، مالم يكن بعـد تناهى الرغبات فيه أو لم يأذن له ربه فى البيع لنفسه والا جاز ، ومحجوره من صغير وسفيه ورقيق غير مأذون فيمنع لأنه من قبيل البيع لنفسه •• بخلاف زوجته أى الوكيل وولده الرشيد ورقيقه المأذون فلا يمنع لاستقلالهم بالتصرف لأنفسهم بخلاف المحجور ان لم يحـاب لهمـافان حابى منع ومضى البيع وغرم الوكيل ما حابى به » (١) •

وأخيرا فالحنابلة — مثل المالكية — وان اعتبروا أن الأصـل هو منع تعاقد النائب لنفسه مع نفسه الا أنهم يجيزونه متى أذن الأصيل لنائبه فى التعاقد مع نفسه فحينئذ يصح تعاقده ويمضى فى حق الأصيل وهكذا « لا يصح بيع وكيل لنفسه ولا يصح شراؤه منها لموكله الا ان أذن فيصبح تولى طرفى عقد فيهما كأب الصغير » (٢) •

---

(١) على هامش حاشية الدسوقى ج ٣ (مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٨) ص ٣٩١ وانظر نصوصا فقهية أخرى من المذاهب الأربعة نقلها السنهورى فى مصادر الحق « ج ٥ ص ٢٩٩ — ٣٠٥

(٢) منتهى الارادات — القسم الأول — ص ٤٤٨ •

ويبدو لنا أنلا نقسام المذاهب بين حظر تعاقد النائب مع نفسه مطلقا بين اباحة ذلك التعاقد فى بعض الحالات صلة بخلافها حول مسأله رجوع حقوق العقد الى الموكل أو الى الوكيل (١) فالذين يقولون برجوعها الى الموكل كانوا أكثرا استعدادا لاعتبار تعاقد النائب مع نفسه جائزا فأجازوه كلما اتنفى تعارض المصالح بين الأصيل ونائبه ، والذين يقولون برجوع حقوق العقد الى الوكيل ـ وهم الحنفية والشافعية ـ وجدوا صعوبة منطقية فى السماح بتعاقد النائب مع نفسه فكان الحظر لديهم مطلقا عدا فى قول مرجوح لدى الشافعية (٢) .

ومتى كان الأمر كذلك وكانت حقوق العقد لا تتعلق بالوكيل الا فى العقود التى يعقدها باسمه شخصيا لا باسم الموكل وذلك فى المذاهب كلها جاز أن نتساءل عما اذا كان منطق فقهاء الحنفية والشافعية لا يؤدى الى القول بانتفاء الاستحالة النظرية التى جعلوها أساسا لحظر التعاقد مع النفس كلما كان العقد الذى يعقده النائب مضافا الى الأصيل أى معقودا باسمه وليس فقط لحسابه ، اذ فى هذه الحالات لا تتعلق حقوق العقد بالوكيل اتفاقا وانما تتعلق بالموكل فلا يكون ثمة ذلك « التضاد فى الأحكام » الذى يجعل الشخص الواحد مستردا مستقضيا ، قابضا مسلما مخاصما فى العيب ومخاصما . ان الاجابة على هذا التساؤل بالايجاب أقرب الى القبول بالنسبة للحنفية الذين ربطوا حظر التعاقد مع النفس بتضاد الأحكام على الوجه

---

(١) أنظر ما يلى بند ١٥٢ وما بعده .

(٢) يقول السرخسى بعد ايراده قاعدة حظر التعاقد مع النفس على الوجه الذى نقلناه فى المتن « وهو بناء على أن حقوق العقد عندنا تتعلق بالوكيل . وعلى قول الشافعى رحمه = الله حقوق العقد تتعلق بالموكل وليس للوكيل من ذلك شيء » المبسوط جـ١٩ ص٣٣ـ٣٤ ونجد هنا اللبس ذاته فيما ينقله الحنفية عن الشافعية فى مسألة حقوق العقد على ماسنوضحه فى البندين ١٥١ و ١٥٢ وظاهر مما قلناه فى المتن هنا أن الشافعية مثل الحنفية يقولون بمنع التعاقد مع النفس على أساس الاستحالة النظرية .

السالف ، أما الشافعية فلا يبدو أن رجوع حقوق العقد الى الموكل مؤثر فى منطقهم لأنهم انما يرجعون حظر التعاقد مع النفس الى « عدم انتظام الايجاب والقبول من شخص واحد » وهى صعوبة لا تزول بمجرد تعلق حقوق العقد بالموكل لأنها متعلقة بتكوين العقد لا بآثاره .

١١٠ — واذا جاز لنا أخيرا أن نختار بين مختلف أوجه النظر الى طبيعة تعاقد النائب مع نفسه فاننا نرى الأقرب الى الأمر الواقع أن يقال ان تعاقد النائب مع نفسه تصرف قانونى بارادة منفردة ينصرف أثره الى كل من ذمتى الطرفين ، ففى صورة تعاقد النائب مع نفسه تنتج ارادته آثارها فى ذمته — الأمر الذى يملكه أصلا — كما تنتج آثارها فى ذمة الأصيل التى هو مسلط عليها بحكم نيابته ، وفى صورة تعاقد النائب مع نفسه لغيره تنتج ارادته آثارا قانونية فى ذمتى الطرفين بحكم نيابته عنهما معا .

١١١ — ومتى تحدد مدى النيابة وتعينت حدود مكنة النائب على الوجه المتقدم فان ما خرج عن تلك الحدود من تصرفاته لا يتحقق فيه حكم النيابة فلا تنصرف آثاره الى الأصيل الا فى حالات معينة ليست فى الواقع استثناء من هذه القاعدة بقدر ما هى اعادة نظر فى حدود النيابة :

١ — فأولى هذه الحالات هى حالة الاقرار — ذلك أن الأصيل قد يقر تصرفا قام به النائب خارج حدود نيابته وبديهى أن الأصيل وهو يملك تخويل النائب مكنة معينة قبل اجراء التصرف يملك كذلك تخويله تلك المكنة بعد أن يكون قد تصرف وعلى هذا الوجه يمكن أن يقال أن الاقرار ليس الا انابة لاحقة للتصرف ذات اثر رجعى ولهذا

فإن شرط صحته أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الانابة ويقره قاصدا اضافة أثره الى نفسه (١) •

وقد كان الاقرار محل تصوير خاطىء فى الفقه الفرنسى من زمن فقد كان النائب يعتبر فى موقف من يتقدم للأصـيل بعرض مضمونه التصرف الذى عقـده مع الغير (٢) وكان الأصـيل يعتبر باقراره ذلك التصرف كمن يعقد مع الغير عقـدا جـديدا وذلك باعتبار أن تصرف النائب مع الغير قبل الاقـرار ليس تصرفا مكتملا وأنه لا يكتمل الا بقبول الأصيل فى الاقرار (٣) •

الا أن خطل هذا التصـوير وبعده عن حقيقة النيابة لم يلبث أن اتضح واطرحت تلك الفكرة القديمة واستقر الرأى على أن الاقـرار لا يكون عقدا جديدا بين الأصيل والغير وانما هو تصديق على عقـد موجود فعلا بين النائب والغير وهو تصديق يسد الثغرة التى كانت ناشئة عن تجاوز حدود النيابة وبذلك يتم حـكم النيابة بأثر رجعى فتنصرف آثار العقد الى الأصيل من وقت ابرام العقد بين النـائب

---

(١) حكم محكمة النقض ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ ـ مجموعة أحكام محكمة النقض (المدنية) السنة الأولى رقم ١٠١ ص ٤٠١ :

« الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ويجب لاقرار ما يباشره خارجا عن هذه الحدود أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا اضافة أثرة الى نفسه » •

ويستوى أن يكون المتصرف نائبا متجاوزا حدود نيابته وأن يكون شخصا لا صفة له أصلا • انظر نقض مدنى ٢٨ ديسمبر ١٩٦٧ ـ مجموعة المكتب الفنى ١٨/٢٩٢/١٩٣٢وفى واقعة الطعن الذى صدر فيه هذا الحكم كان أصل النيابة منتفيا وقت التعاقد غير أن المحكمة رتبت على اقرار الاصيل سريان العقد فى حقه ، وهذا هو ما تنص عليه في خصوص بيع ملك الغير المادة ٤٦٧ من القانون المدنى المصرى •

أنظر أيضا نقض مدنى ٦ أبريل ١٩٧٢ ـ مجموعة المكتب الفنى ٢٣/١٠١/٦٤٨ •

(٢) ديلامار ولبواتفان : موسـوعة عقد الوكالة بالعمولة جـ ١ بند ١٨١ الفصل السادس ـ مشار اليه فى بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٣٤٣ •

(٣) لوران جـ ٢٨ بند ٦٩ مشار اليه فى بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٣٤٤ •

والغير ، وهو ما يتفق والنظرية الحديثة فى النيابة التى مؤداها أن العقد انما يتم باتفاق ارادة النائب مع الغير دون مدخل لارادة الأصيل على ما أسهبنا فيه فى موضعه من هذا المؤلف .

وبديهى أن الاقرار وهو تعبير عن ارادة الأصيل — مثله مثل الانابة — قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا وغالبا ما يستنتج ضمنا من ابتداء الأصيل فى تنفيذ العقد الذى أبرمه نائبه مع الغير .

١١٢ — ولم ينص القانون المدنى المصرى على مهلة معينة يصدر خلالها الاقرار سواء فى حالة الفضالة (م ١٩٠) أو فى حالة تجاوز الوكيل حدود نيابته (م ٧٠٣) هذا مع أن العقد الذى يبرمه باسم آخر شخص لا صفة له أو نائب جاوز حدود نيابته هو عقد غير نافذ ولكنه فى الوقت نفسه قابل للنفاذ ، وهو لذلك يمثل بالنسبة لذوى الشأن جميعا وضعا قلقا من المصلحة أن يستقر اما بنفاذ العقد فى حق من أبرم باسمه واما باعتباره غير قائم .

لهذا تنص بعض القوانين كالقانون المدنى العراقى (م ٩٤٤ فقرة ٢) والقانون المدنى الالمانى (م ١٧٧ فقرة ٢) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٣٨ فقرة ٢) والقانون المدنى الايطالى (م ١٣٩٩ فقرة ٤) كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص على حق الغير فى تحديد مهلة معينة يجب أن يتم خلالها الاقرار ، والقانون الألمانى خاصة ينص على تحديد تلك المهلة بأسبوعين من تاريخ اعذار الغير للأصيل طالبا منه اتخاذ موقف من العقد اقرارا أو رفضا للاقرار ، فاذا انقضى الأسبوعان اعتبر سكوت الأصيل رفضا للاقرار ولم يعد له أن يقر العقد بعد ذلك .

وتحديد مهلة معقولة يلتزم الأصيل خلالها باقرار العقد بحيث

اذا انقضت بغير أن يصدر الاقرار أصبح الغير فى حل من ذلك العقد يرمى ، كما هو واضح ، الى التقصير من أمد عدم استقرار الوضع الناشىء عن تجاوز النائب حدود نيابته أو تصرفه بغير صفة له فى التصرف •

وقد يتولى القانون نفسه تحديد تلك المهلة كما فعل القانون المدنى الألمانى اذ حددها — كما رأينا — بأسبوعين من تاريخ اعذار الغير للأصيل بابداء رأيه فى الاقرار أو فى عدم الاقرار (المادة ١٧٧ فقرة ثانية من القانون المدنى الألمانى) أو قد يكتفى القانون باعطاء الغير المتعاقد حق تحديد تلك المهلة فى اعذاره للأصيل كما فعل القانون المدنى العراقى (المادة ٩٤٤ فقرة ثانية) والقانون المدنى الايطالى (المادة ١٣٩٩ فقرة رابعة) وقانون الالتزامات السويسرى (المادة ٣٨ فقرة ثانية) وفى جميع الأحوال يعتبر انقضاء المهلة دون صدور الاقرار عن الأصيل رفضا له ويتحلل المتعاقد من العقد الذى أبرمه معه شخص لا صفة له أو نائب تجاوز حدود مكنته •

والتقنين المدنى المصرى وان يكن قد خلا من نص بشأن تحديد مهلة للاقرار أو بشأن امكان الرجوع فى العقد قبل الاقرار الا أن المشروع التمهيدى كان يحوى فى المادة ٩٩٠ منه نصا مؤداه تمكين الغير من تحديد ميعاد مناسب للأصيل يقر فيه الاتفاق على أن يتحلل المتعاقد اذا لم يصدر الاقرار فى الميعاد المحدد كما نصت تلك المادة كذلك على جواز رجوع الغير فى العقد قبل صدور الاقرار « الا اذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة ، أو كان ينبغى أن يكون عالما بذلك » • وقد حذفت المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة « اكتفاء بما تقدم من أحكام النيابة » ، والرأى أن ما جاء فى

النص المحذوف من أحكام لا يخرج عن القواعد العامة فليس ما يمنع من العمل بها فى القانون المصرى برغم خلوه من النص عليها (١) .

واذا كان الغير عالما بأنه يتعاقد مع غير ذى صفة أو مع نائب متجاوز حدود نيابته فليس له أن يتحلل من ايجابه حتى يعلن الأصيل موقفه (٢) وفى مثل هذا الوضع تمس الحاجة الى تحديد مهلة معقولة يعلن خلالها الأصيل موقفه حتى لا تطول فترة عدم الاستقرار الناشىء عن وجود عقد غير نافذ لا يستطيع المتعاقد الرجوع فيه .

١١٣ ــ ٢ ــ وحالة ثانية تنصرف فيها الى الأصيل آثار تصرف النائب خارج حدود الانابة وهى حالة كون تصرف النائب نافعا للأصيل (٣) والواقع أن النيابة فى هذا الفرض تستند الى فضالة لا حاجة معها الى اقرار لكون التصرف نافعا نفعا محضا وبذلك يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر التصرف الى الأصيل رأسا رغم خروج التصرف عن حدود نيابته كما رسمتها الانابة الصادرة من الأصيل . ومن أمثلة ذلك فى العمل أن يعمد وكيل خاص تقتصر انابته على ادارة محل تجارى (مثلا) الى انهاء عقد ايجار منزل الأصيل الذى اضطر الى مغادرة البلاد فى حالة حرب وذلك لانتمائه الى طائفة

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ٧ ، المجلد الاول ، بند ٣٠٥ .

(٢) نقض ١٤ نوفمبر ١٩٦٨ ــ المحاماة ١٠٤/١٢١/٥٠ المبدأ الخامس . وهذا المبدأ منصوص عليه صراحة فى القانون المدنى الألمانى (م ١٧٨) .

(٣) أنظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماه السنة ١٦ رقم ٢٤٧ ص ٥٥٠ والبلتان السنة ٤٧ ص ١٤١ « الأعمال التى يعملها الوكيل خارجا عن حدود وكالته لا تعتبر لاغية الا اذا ثبت أن الموكل لم تحصل له فائدة منها والا التزم فى حدود المنفعة الحاصلة له » . وبنفس المعنى حكم محكمة استئناف باريس ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٩ ــ حوليات القانون التجارى سنة ١٩٢٩ ص ٢٧٢ وحكم محكمة استئناف الجزائر ٧ يوليو سنة ١٨٩٩ ــ دالوز ١٨١/٢/١٩٠١ .

لم يكن بقاؤها مرغوبا فيه (١) فهذا الانهاء الذى يخرج عن حدود النيابة ينصرف أثره الى الأصيل رغم ذلك متى استنتجت المحكمة من ظروف الدعوى أنه كان نافعا للأصيل .

ويدخل فى هذا الباب الحكم الذى استحدثته المادة ٧٠٣ فقرة ثانية من القانون المدنى المصرى الحالى (٢) التى نصها « على أن له (للوكيل) أن يخرج من هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة ، أن يبادر بابلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » . وقد اعتبر هذا النص تطبيقا لقواعد الفضالة (٣) فهو على هذا الوضع داخل فى عموم الحالة الثانية من الحالات التى ينصرف فيها الى الأصيل أثر تصرف النائب رغم تجاوزه حدود النيابة ويأخذ حكمها .

---

(١) أنظر حكم محكمة استئناف باريس ٢٩ مارس سنة ١٩٤٦ ـ دالوز ١٩٤٦ ص ٢٢٧ وقد صدر باقرار انهاء ايجارة احد اليهود الذين اضطروا لمغادرة البلاد وقد قرر هذا الحكم مبدأ وجوب الرجوع الى الوقت الذى حصل فيه التصرف لتقرير كونه نافعا أو غير نافع للأصيل وذلك بدون تأثر بالظروف التى قد تكون طرأت بعد ذلك وغيرت من وضع الأمور ، ففى واقعة الدعوى لم تر المحكمة أن تطور الحوادث بما سمح لليهود بالعودة والتوطن فى البلاد له وزن فى تقدير نفع التصرف وعلى ذلك أقرته رغم تلك الظروف الجديدة.

(٢) هذه المادة تقابلها فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٦٩ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧٠٣ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٣٣ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٧٧٩ وفى قانون الوكالة السودانى المادة ٣/١٠ وفى التقنين المدنى الجزائرى المادة ٥٧٥ .

(٣) السنهورى : الوسيط جـ ١ بند ٨٨ ص ١٩٨ حاشية ١ ـ وأنظر فى الجزء السابع ـ المجلد الأول من « الوسيط » بند ٢٤٩ ص ٤٥٦ ـ ٤٥٧ تكييفا آخر لحكم المادة ٢/٧٠٣ يخرجه عن الفضالة ويرجعه الى نيابة قانونية اضفاها القانون فى هذه الحالة على الوكيل فيما يجاوز حد الوكالة واستنادا الى ارادة ضمنية للموكل متى دلت الظروف على أنه « ماكان الا ليوافق » على تصرف الوكيل والموكل على الآخر فى علاقتهما هذا التكييف الجديد يرجع الى أن رجوع كل من الوكيل والموكل على الآخر فى علاقتهما الداخلية يكون فى هذه الحالة أيضا بموجب عقد الوكالة لا بموجب قواعد الفضالة وهى عادة تكون أضيق من قواعد الوكالة .

١١٤ — ٣ — وثالثة هذه الحالات هي حالة وجود ظروف من فعل الأصـيل من شأنها اعطاء الغير فكرة عن النيابة أوسع من حقيقة الأمر في الانابة فهنا تعتبر التصرفات الحاصلة ضمن حدود تلك المكنة الظاهرة حاصلة بطريق النيابة ومنصرفة آثارها الى الأصيل • وسنتناول فيما بعد بتوسع أكبر هذه النظرية التى أقام بناءها عديد من أحـكام القضاء حماية للغير ومحافظة على استقرار المعاملات (١) •

١١٥ — قلنا أن تحديد مدى النيابة — على أساس ما تقدم — أمر يرجع الى ارادة الأصيل المتجلية فى الانابة وأن المسـألة فى حالات الغموض والاستبهام هى مسألة تفسير تلك الارادة على ضوء ظروف الحـــال •

ولكن الانابة متى صدرت من الأصيل بحدودها المعينة قد تقترن بتعليمات صادرة منه الى نائبه خاصة بكيفية استعمال النائب للمكنة المخولة اليه بمقتضى الانابة ومبينة للظروف والأحوال والشروط التى قد يشاء الأصيل أن يقيد بها استعمال تلك المكنة •

فما هو مقدار ارتباط تلك التعليمات بموضوع بحثنا فى مدى النيابة وهل لها تأثير فى تحديد ذلك المدى وهل ينبغى وضعها موضع الاعتبار عند تعيين حدود مكنة النائب فى ابرام تصرفات باسم الأصيل ؟

الواقع أن تلك التعليمات لا يمكن اعتبارها عنصرا من عنـاصر الانابة وانما هى تتعلق بالعقد الذى تستند الانابة اليه من وكالة أو غيرها ، فتعليمات الأصيل تلزم النائب بمقتضى الوكالة (مثلا) التى تربطه بالأصيل بأن يتصرف فى حدود تلك التعليمات ولكنها لا تقيد من المكنة القانونية المخولة له بمقتضى الانابة اذا جاءت هذه الأخيرة غير مقيدة بمثل ما يرد فى التعلمات •

---

(١) انظر ما يلى بند ١٢٣ وما بعده •

مثال ذلك : (أ) ينيب عنه (ب) فى شراء عقار فى منطقة معينة ويصدر اليه فى الوقت نفسه تعليمات خاصة ببعض أوصاف العقار المطلوب شراؤه كأن لا يقل عن مساحة معينة أولا يزيد ثمنه على مبلغ معين فاذا اشترى الوكيل عقارا فى المنطقة المحددة فى الانابة ولكن مخالفا للأوصاف الواردة بتعليمات الأصيل فان العقد مع ذلك تنصرف آثاره الى الأصيل لدخوله فى حدود النيابة ولكن يبقى للأصيل أن يرجع على نائبه بما تستتبعه مخالفة هذا الأخير لالتزاماته الناجمة عن عقد الوكالة أعنى وجوب اتباع تعليمات الموكل .

وقد لا يكون أمثال الحالة السالفة الذكر مما يندر وقوعه فى العمل وذلك لأنه يحدث كثيرا أن تصاغ الانابة فى عبارات عامة تسهيلا لتعامل النائب مع الغير وتمكينا كذلك للنائب من تدبر مصلحة الأصيل بشىء من التصرف على أن يقيد النائب بتعليمات تصدر اليه من الأصيل (١) وهى تعليمات تخص العلاقة الداخلية بينهما من وكالة أو عمل الخ ... فلا أثر لها — على ما قدمنا — فى تقييد المكنة المخولة للنائب بمقتضى الانابة (٢) .

(١) انظر فون توهر ص ٢٩٣ — ٢٩٤ والحاشية رقم ٤٣ — وكذلك بلجساى ص ٦١ .

(٢) حكم الاستئناف المختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢/٥٧٣/١٢٦٥ : « الاتفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والمقيدة لسلطة الأخير لا يحتج بها على المستأجر الذى تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذى يمنح الوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الايجار ومدة التأجير » .

وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢١ ابريل سنة ١٩٥٧ (المحاماة ٣٨/٥١٤/١١٢٥) « متى تصرف الوكيل مع الغير فى حدود الوكالة الصادرة اليه نفذ تصرفه فى حق الموكل وان كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل وذلك لأن عبارات التوكيل اذا لم يرد فيها ذلك التخصيص فمن حق الغير أن يطمئن الى ذلك التوكيل ويتعامل على أساسه » . وينص الفصل ١١٥٤ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على هذه القاعدة صراحة اذ يقول : .. أما القيود والعقود السرية التى بين الموكل والوكيل ولم ينص عليها فى التوكيل فلا تكون حجة على الغير الا اذا ثبت عليه العلم بها وقت العقد » .

وانظر فى القاعدة نفسها فى القانون الأمريكى كوبولا بند ٥٢ ص ٢٥ Corpus Juris Secundum بند ١٦٥ و Ferson بند ١٥٢ وانظر فى القانون الانجليزى ستولجار ص ٣١ و ١٥١ .

١١٦ – وليس هذا الا نتيجة طبيعية لقاعدة استقلال الانابة عن العقد الذى تصدر بمناسبته وتمشيا مع التمييز بين وجهى النيابة: وجه العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل ويحكمها ما يربطهما من وكالة أو عقد عمل أو غير ذلك ، ووجه العلاقة الخارجية التى تربط الأصيل بالغير عن طريق الانابة وكنتيجة لاستعمال النائب للمكنة التى تخوله اياها هذه الانابة .

وقد أبرزت محكمة النقض المصرية التفرقة التى نوهنا بها بين وجه علاقة الأصيل بالنائب وبين وجه العلاقة التى تربط الغير بالأصيل عن طريق النيابة فقررت أنه :

« متى كان التوكيل الصادر الى وكيل المطعون عليهما يبيح له اجراء الصلح والنزول عن الدعوى وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين فى حدود هذه الوكالة قد استوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين على جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما وكان الحكم المطعون فيه اذ لم يعتد بهذا الصلح واذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكليه ، فان هذا الحكم يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى الى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته ، وانما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة » (١) .

وليست لنا على هذا المبدأ القويم الا ملاحظة لفظية وذلك حيث تقول محكمة النقض ان « هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى الى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته » ، والأصوب عندنا أن يستبدل

(١) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ – المحاماة ٣٥ – ٣٤٦ – ٨٨٧ .

لفظ « الانابة » بلفظ « الوكالة » فالصحيح أن يقال ان ما قد يقع فى عقد الصلح الذى يبرمه الوكيل من غبن لا يؤدى الى اعتبار الوكيل متجاوزا حدود الانابة الصادرة له من موكليه ومن ثم ينفذ تصرفه فى حقهم ، أما عقد الوكالة الذى يربط الوكيل بموكله فهو يلزمه بتحرى مصلحة الموكل وببذل عناية الرجل المعتــاد فى تنفيذ الوكالة (المــادة ٧٠٤ مدنى) وعلى ذلك فمتى أبرم الوكيل عقدا فيه غبن الموكل كان مسئولا عن ذلك أمام موكله فى نطاق عقد الوكالة .

١١٧ ــ وظاهر أن عــدم الاعتداد فى تحديد مدى النيــابة بالتعليمات الصادرة من الأصيل أو بالغرض الذى من أجله صــدرت الانابة هــو أمر يقتضيه اســتقرار المعاملات طالما كانت تلك التعليمات وذلك الغرض أمرا منحصرا بين الأصيل والنائب ومتعلقا بالعــلاقة الداخلية بينهما ، تلك العلاقة التى لا يفترض فى الغير العلم بهـــا أو التحرى عن تفاصيلها ، وما دامت هذه هى حكمة القاعدة فقــد يبدو غير مقبول على علاته ما يراه بعض المؤلفين (١) من عــدم تأثير علم الغير بالتعليمات على اطلاق القاعدة فيظل العقد المبرم بين النائب وهذا الغير منصرف الآثار الى الأصــيل . والأقرب الى الصــوب فيما نرى أن يقال انه اذا كان الغير الذى يجهل تعليمات الأصيل مستحق الحمــاية فان الغير الذى يعلم بتلك التعليمات لا يســتحق الحمــاية عينها ولا خروج على مستلزمات استقرار المعاملات فى عدم اعتبار عقد هذا الغير مع النائب ــ خارج نطاق التعليمات ــ منصرف الآثار الى الأصيل . على أن صاحب هذا الرأى لا يطلقه فى جميع الأحــوال بل يقيده بحسن النية اذ يقول ان الغير الذى يتواطأ مع النائب على ابرام عقد مخالف لتعليمات الأصيل اضرارا بهذا الأخير لا تنصرف آثار عقده

---

(١) فون توهر ص ٢٩٤ .

الى الأصيل ، ونرى أنه متى وضع حسن النية موضع الاعتبار تعــذر أن ينفذ عقد النائب مع كل من كان من الغير عالما بتعليمات الأصــيل اذ تتعذر نسبة حسن النية الى مثل هذا الغير سواء أكان متواطئا مع النائب أو غير متواطىء .

١١٨ ــ قلنا ان ما يجريه النائب باسم الأصيل من تصرفات فى حدود نيابته ترجع آثاره الى الأصيل مباشرة (مادة ١٠٥) وسنتناول ذلك بالتفصيل عند كلامنا على آثار النيابة ، ولكن ما حكم التصرف الذى يجريه النائب خارج حدود نيابته ؟ لاشك أن مثل هذا التصرف لا تنصرف آثاره الى الأصيل ولكن هل تترتب عليه مسئولية على النائب قبل الغير وما هو سند هذه المسئولية وما مداها ؟

هذه كلها مسائل تتصل بموضوع مدى النيابة وقد فضلنا لذلك أن نبحثها فى هذا الفصل عن أن نتناولها مع آثار النيابة كما فعل معظم من كتب فى الموضوع ، ذلك أن بيان أثر تصرف النائب خارج حدود نيابته انما يتناول الأحكام التى تنبنى على تجاوز حدود النيابة ولا يمكن بغير تجوز كثير ادخالها ضمن آثار النيابة لأنه لا نيابة فى الواقع فى مثل هذه الحالات .

ولا يخرج الأمر فى هذه الحالات بالنسبة للغير الذى يتعامل مع النائب عن صورتين :

١ ــ فقد يكون الغير عالما بانتفاء صفة النائب فى التصرف الذى يجريه ــ اما لعدم وجود انابة أصــلا وأما لخروج ذلك التصرف عن حدودها ــ وهذه هى الحالة العادية للفضالة . وفى هذه الصورة لا محل لترتيب أية مسئولية على النائب أو على المتخذ لصفة النائب وذلك لعلم

الغير بحقيقة الواقع علما من شأنه انتفاء ضرورة حمايته بتحميل النائب مسئولية ما (١) .

٢ ـ وقد يكون الغير جاهلا انتفاء صفة النائب فى التصرف الذى يجريه أى معتقدا وجود الانابة ودخول التصرف فى حدودها ، وهـذه الصورة تقتضى البحث فى المسئولية التى تقع على عاتق النائب أو المتخذ لصفة النائب بالنسبة للغير المتعاقد معه . فما هو أساس هذه المسئولية وما مداها ؟

١١٩ ـ مؤدى نظـــام النيابة أن النائب وان كان له الدور

---

(١) كانت المادتان ٥٢٣ و ٥٢٤ من القانون المدنى المصرى القديم تنصان على ما يأتى :

مادة ٥٢٣ ـ « الوكيل الذى يعمل عملا على ذمة موكله بدون أن يخبر بتوكيله يكون هو المسئول لدى من عامله » .

مادة ٥٢٤ ـ « اما اذا أخبر أن عمله للموكل وعلى ذمته فلا يترتب عليه الزام غير اثبات التوكيل ولا يكون مسئولا أيضا عن تجاوز حدود ما وكل فيه اذا أعلم من يعامله بسعة وكالته » .

ويضمن القانون المدنى الفرنسى نفس الحكم فى المادة ١٩٩٧ منه .

وقد صدر القانون المدنى المصرى خلوا من نص مقابل غير أنه يجب أن لا يستنتج من ذلك قصد المشرع الى الخروج عن هذا الحكم الذى يتفق ومقتضيات المنطق والعدالة خاصة وأن المشروع التمهيدى للتقنين الحالى كان يحوى النص على هذا الحكم فى المادة ٩٩١ منه التى حذفت فى لجنة المراجعة « اكتفاء بما تقدم من أحكام النيابة » ولا خلاف فى الفقه على تطبيق حكم المادة المحذوفة رغم حذفها (السنهورى : الوسيط جـ ٧ ، المجلد الأول ، بند ٣٠٥) .

ومن تطبيقات القضاء المصرى لهذه القاعدة حكم محكمة الاســتئناف المختلطة فى فبراير سنة ١٩٣٣ البلتان ١٦٧/٤٥ .

« Qu'il y ait erreur du mandataire seul sur l'étendue de ses pouvoirs, ou même erreur commune de celui-ci et celui avec qui il traite, cette erreur ne saurait donner lieu à responsabilité personnelle du mandataire, si le tiers s'est rendu compte ou a dû se rendre compte du vice de l'acte ». Cour d'Appel Mixte 9 Février 1933 B. 45/167.

وهذا الحكم منشور كذلك فى المحاماة السنة ١٤ القسم الثانى رقم ٣٤١ ص ٦٦٧ ويلاحظ أنه سوى فى الحكم بين حالة علم الغير بحدود الانابة وبين حالة افتراض علمه بها حتما . ومن التطبيقات القضائية المماثلة أحكام الاستئناف المختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٢ البلتان ١٢/١٥ و ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ البلتان ١٥٥/١٥ و ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ البلتان ٧٦/١٧ و ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ البلتان ٤٨٤/٣٤ .

الأول فى ابرام التصرف القانونى الا أنه بعيد كل البعد عن آثاره فهذه الآثار تنصرف مباشرة الى الأصيل ولا شأن للنائب بها مطلقا فاذا امتنع انصراف هذه الآثار الى الأصيل بسبب انتفاء صـفة النائب فلا يكون مؤدى ذلك انصراف تلك الآثار الى النائب نفسه لأن هذا الأخير لم يكن يتعاقد باسمه ولم تتجه ارادته الى التصرف لحسابه وعلى هذا فالمسئولية التى تترتب على هذا الوضع فيما بين النائب والغير لا يمكن أن تستند الى العقد المبرم بينهمـا فان هذا العقد لا يمكن أن يكون منشئا لآثاره فى ذمة النائب • هذا هو مؤدى منطق النيابة ، والنتيجة المباشرة لذلك هو استبعاد استمداد مسئولية النائب قبل الغير من العقد المبرم بينهما وبالتالى استبعاد شمول تلك المسئولية للالتزامات الناشئة عن ذلك العقد بحيث يلزم بتنفيذها النائب الذى تجاوز حدود نيابته أو تعاقد بغير صفة •

فاذا لم تنبع مسئولية النائب عن ذلك العقد غير النافذ فمـا هو مصدرها ؟ الجواب هو أن تلك المسئولية ان امتنع أن تكون عقدية فهى لا يمكن الا أن تكون تقصيرية فيلتزم النائب بتعويض الغير على أساس الخطأ الذى وقع فيه باخفائه عن المتعاقد معه حقيقة اتسـاع نيابته •

غير أن اقامة مسئولية النائب على أساس الخطأ لا تحقق الحماية الكاملة للغير المتعاقد مع النائب ، أولا لتعذر نسبة الخطأ الى النـائب لمجرد كونه قد تجاوز حدود نيابته أو تعاقد بغير صفة دون أن يصطحب ذلك بظروف من شأنها تبرير نسبة الخطأ اليه ، وكثيرا ما يكون مثـل هذا النائب حسن النية آملا اجازة الأصيل للعقد أو غـير متنبه الى تجاوز حدود النيابة • وثانيا لأن عبء الاثبات فى كل مسئولية تقصيرية هو على مدعى الخطا وقد يتعذر على الغير فى كثير من الصور اثبـات حصول الخطأ من النائب •

١٢٠ ــ لذلك اتجه تفكير كثير من الفقهاء فى فرنسا وفى ألمانيا قبل صدور قانونها المدنى الى البحث عن أساس آخر لمسئولية النائب الذى يتجاوز حدود نيابته أو يتعاقد بغير صفة • وابرز هذه الاتجاهات هو ما ارتآه ايرنج (وتابعه فى فرنسا سالى) من ادخال هذه الصورة ضمن فكرة عقد الضمان التى وضعها ايرنج ومؤداها أن كل عقد بين شخصين يكون مصحوبا باتفاق ضمنى تابع مؤداه أن يضمن كل طرف للطرف الآخر صحة العقد الأصلى واستيفائه لجميع الشروط المطلوبة قانونا لنفاذه بحيث اذا كان العقد الأصلى باطلا أو لم ينفذ العقد الأصلى بسبب عدم استيفاء شروط صحته أو نفاذه التزم الطرف المتسبب فى ذلك بتعويض الطرف الآخر استنادا الى ما يسميه ايرنج الخطأ عند تكوين العقد •

والتعويض فى هذه الحالة قاصر على « المصلحة السلبية » أى مصلحة الطرف الآخر فى عدم الدخول فى عقد غير نافذ ، لذلك فان التعويض عن المصلحة السلبية يعيد المتعاقد الى الحالة التى كان عليها قبل الدخول فى العقد فيصبح وكأنه لم يتعاقد قط وفرق بين هذا التعويض وبين التعويض عن عدم تنفيذ العقد من حيث مدى كل منهما (١) •

والمسئولية القائمة على فكرة الخطأ عند تكوين العقد أصلح للغير المتعاقد مع النائب من المسئولية التقصيرية لما سبقت الاشارة اليه من وجوب اثبات الخطأ فى الثانية مع تعذر نسبة الخطأ الى النائب فى كثير من الصور • ومع ذلك فان غالبية الفقه الفرنسى ما تزال على الرأى القائل بتأسيس مسئولية النائب على أساس الخطأ بالتطبيق

---

(١) انظر بوبسكو ــ رامنسيانو ص ٣٢٢ ــ ٣٣٥ والسنهورى : نظرية العقد بند ٥٨٩ ص ٦٢٦ ــ ٦٢٨ •

للمـــــادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القـــــانون المدنى الفرنسى وكذلك القضاء (١) .

غير أن فكرة الخطأ عند تكوين العقد كأساس لمسـئولية النائب فى هذه الصور قد لاقت قبولا فى التقنينات الحديثة حيث نرى المادة ٣٩ من قانون الالتزامات السويسرى تنص على أنه « اذا رفض الأصيل اجازة العقد صراحة أو ضمنا فان الشخص الذى اتخذ صـفة النائب يصح أن ترفع عليه دعوى التعويض عن الضرر الناشىء من عدم صحة انعقــد ، الا اذا أثبت أن الطرف الآخر كان يعــلم أو يفترض حتما أن يعلم عدم وجود الصفة » .

« وفى حالة وقوع خطـــأ من النائب يصح للقاضى أن يحكم بتعويض أكثر من ذلك اذ كانت تقتضيه العدالة . وتبقى لصاحب الشأن دعوى الاثراء بغير سبب فى جميع الأحوال » .

وظاهر من هذا النص أن التعويض المقابل للمصلحة السلبية غير مشروط بوقوع أى خطأ من النائب ، فان وقع منه هذا الخطأ جاز أن يتسع التعويض لأكثر من ذلك فيشــمل كل الضرر الذى يعــود على الغير من عدم تنفيذ العقد . أما الفقرة الأخيرة فخاصة بالفرض الذى يكون الغير فيه قد نفذ التزامه بمقتضى العقد (بأن سلم المبيع مثلا) وتعذر رده عينا فيكون للغير أن يطالب النائب على أساس دعــوى الاثراء (٢) .

كما أن المادة ١٣٩٨ من التقنين المدنى الايطالى الصــــادر سنة

---

(١) بوبسكو رامنسيانو ص ٣٢٤ وانظر
Dalloz, Répertoire de droit civil, 2ème éd., t. V (1973), Vo. Mandat, No. 333.
وحكم محكمة استئناف روان ٢١ ديسمبر ١٩٧٢ ـ جازيت دى باليه ١٩٧٤/١/ ملخصات ٣٩ .

(٢) انظر فون توهر ص ٣٢٢ .

١٩٤٢ تنص على أن الشخص الذى يتعاقد كنائب دون أن تكون له تلك الصفة أو يتجاوز حدود المكنة المخولة له ، مسـئول عن الضرر الذى يصيب الغير المتعاقد معه يسبب اطمئنانه — بغير خطأ منه — الى صحة العقد .

ومؤدى هذا النص الزام النائب بتعويض « المصلحة السلبية » (١) الا فى حالة علم الغير بانتفاء الصفة أو بتجاوز حدود الانابة أو فى حالة افتراض علمه بذلك حتما ، والحالة الأخيرة هى المقصودة بعبـارة « بغير خطأ منه » الواردة بصدد اطمئنان الغير الى صحة العقد الـذى يجريه مع النائب ، ذلك أن الغير يفترض فيه حتما العلم بحقيقة سعة النيابة اذا كان جهله بها راجعا الى خطئه أى تقصيره فى تحرى الأمر الواقع .

وقد أخذ مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى بالحل نفسه المبنى على فكرة الخطأ عند تكوين العقد والذى يقصر التعويض على المصلحة السلبية وذلك فى المادة ٢٨ فقرة ٤ من مشروع اللجنة الفرعية للتصرفات القانونية وهى التى أصبحت المادة ٢٥ فقرة ٤ من المشروع الذى وافقت عليه اللجنة العامة للتنقيح فى جلستها المنعقدة فى ١١ يونيو سنة ١٩٤٨ ونصها « عند عدم الاقرار يلتزم الشخص الذى تصرف عن غيره بلا صفة أو خارج حدود المكنة المخولة اليه بأن يعوض الضرر الذى سببه لمن كانت له مصلحة فى نفـاذ التصرف متى كان حسن النية » (٢) .

وفكرة الخطأ عند تكوين العقد هى كذلك أساس مسئولية النائب

---

(١) انظر : ميسينيو ص ١٥٨

Messineo, F. : « Dottrina generale del contratto », Milano, 1948, p. 158.

(٢) انظر أعمال لجنة تنقيح القانون المدنى ج ٣ (سنة ١٩٤٧/١٩٤٨) ص ٣٧ و ص ٩٢ و ص ٢٥٥ .

الذى يتجاوز حدود نيابته و الشخص الذى يتعاقد مع الغير بلا صفة فى القانون الانجليزى (١) غير أن التعويض الذى يلتزم النائب أو الشخص المتخذ صفة النائب بدفعه الى الغير الذي تعاقد معه ليس مقصورا على المصلحة السلبية كما أنه غير مشروط بوقوع خطأ من النائب ويقدر هذا التعويض بمقدار الضرر الذى يترتب فعلا على عدم نفاذ العقد لانتفاء الصفة ، فلو اشترى (أ) بصفته نائبا عن (ب) سفينة من (جـ) بثمن قدره ٦٠٠٠ جنيه ثم تبين أن العقد غير نافذ فى حق (ب) لانتفاء صفة (أ) أو لقصورها عن شمول العقد ثم لم يجد (جـ) مشتريا للسفينة بأكثر من ٥٥٠٠ جنيه فان التعويض الذى يلزم بدفعه (أ) هو ٥٠٠ جنيه من غير أن يتحمل (جـ) عبء اثبات فوات فرصة لبيع السفينة بـ ٦٠٠٠ جنيه نتيجة لاطمئنانه الى نفاذ عقده مع (أ) لحساب (ب) ، وهو ما يكلف المدعى باثباته فى التعويض عن المصلحة السلبية .

وفى القانون الأمريكى نجد أن الرأى السائد فى تأسيس مسئولية النائب المتجاوز لحدود نيابة أو المتعاقد بلا صفة هو ارجاعها الى فكرة شبيهة بفكرة الخطأ عند تكوين العقد ، اذ يفترض أن المتعاقد بوصفه نائبا يضمن للغير وجود تلك الصفة فاذا انتفت التزم بالتعويض نتيجة لاخلاله بذلك الضمان والتعويض هنا أيضا ليس مشروطا بوقوع خطأ ، أما مقداره فيحدد لا بالمصلحة السلبية ولكن بمقدار الخسارة التى أصابت الغير ومقدار الكسب الذى فاته نتيجة لعدم نفاذ العقد ، أما اذا كان ثمة خطأ ارتكبه المتعاقد بصفته نائبا فتجوز مساءلته على

(١) ويطلق الفقه الانجليزى على الفكرة التى تقابل فية فكرة الخطأ عند تكوين العقد فى الفقه الألمانى اصطلاح « العقد المصاحب » .Collateral contract (أى المصاحب العقد الأصلى) انظر
Chitty on Contracts, 23rd ed. Vol. II, London 1968, para 88, p. 46; Cheshire and Fifoot, The Law of Contract, London 1960, pp. 51-53 and 409-410; Schmitthof, op. cit., pp. 149-151.

أساس المسئولية التقصيرية وقد يتسع بذلك مدى التعويض (١) ٠

١٢١ ــ وهناك فكرة أخرى أراد البعض أن يقيم على أساسها مسئولية النائب وهي فكرة التعهد عن الغير ، وتطبيقا لهــذه الفكرة يعتبر النائب الذى يتعاقد بغير صفة أو يتجاوز حــدود نيابته متعهدا للغير بأن يجعل الأصيل يلتزم بالعقد فاذا رفض الأصيل اجازة تصرف النائب التزم هذا الاخير بالتعويض كنتيجة لعدم تنفيذه التزامه الأصلى بعمل شيء (حمل الأصيل على الالتزام) وذلك تطبيقا لعموم القاعدة بشأن الالتزام بعمــل وهى تحــوله الى التزام بالتعويض عند عــدم التنفيذ (٢) ٠

---

(١) Reestatement, 2nd (1958), Section 329. وأنظر أيضا Mechem. Sections 325 and 326.

ومع ذلك يشير المرجع الأخير الى أن قواعد القانون الأمريكي فى هذا الصدد يشــوبها بعض الغموض والاضطراب ٠ أنظر كذلك
Ferson, Section 290 ; Coppola, Section 65.

(٢) أنظر حكم محكمة استئناف مصر فى ٢٢ مارس سنة١٩٢٤ ــ المحاماة السنة ١٥ القسم الثانى رقم ١٣ ص ٢٢ :

« ان مجرد قبول الوكيل لعقد الوكالة يوجب عليه أن يبين لمن يتعاقد معه سعة وكالته وان يتقيد بحدود هذه الوكالة فلا يتجاوزها والا كان مســئولا شــخصيا عن عمله وتبقى أعماله غير ملزمة للموكل بل يكون لهذا الأخير أن يجيزها أو لا يجيزها فاذا لم يقرها الموكل كان على الوكيل أن يعوض الضرر الذى يحتمل أن يلحق الغير المتعامل معه لسبب خطئه وعدم التزامه حدود التوكيل بل وتلزمه هذه المسئولية حتى ولو أخبر الغير بسعة وكالته وأطلعه على عقد الوكيل الصادر له من الموكل لأنه على كل حال يعتبر وسيطا لدى الموكل porte-fort pour le mandant ويلتزم بأن يحصل على أجازة صاحب الشأن لهذا العمل الـذى عمله خارج حــدود الوكالة ومن المقرر أن الوسيط (أى المتعهد عن الغير) اذا لم يحصل على أجازة صاحب الشــأن فانه يكون مسئولا عن الضرر الذى يلحق الغير عند عدم الحصول على هذه الأجازة ٠ وليس فى نص المادة ٥١٨ مدنى ما يلزم المتعامل مع الوكيل بأن يطالبه بصورة رسمية من عقد الوكالة وانما هو حق خوله له القانون والقول بالزامه يناقض نفس عقد الوكالة وواجبات الوكيل التى التزم بها عند قبوله الوكالة » . ويلاحظ أن هذا الحكم غير صريح فى الأخذ بفكرة التعهد عن الغير كأساس لمسئولية النائب لأنه أقامها أولا على أساس الخطأ ثم قرر أن=

غير أنه يرد على هذه الفكرة لاعتراض مرجعه الى الشك فى امكان حدوث التعهد عن الغير بشكل ضمنى اذ الأصل أن يكون ذلك التعهد صريحا (١) فاذا كان صريحا كنا أمام حالة من حالات الصورة الاولى التى أشرنا اليها فى بداية البحث وهى حالة علم الغير بتجاوز النائب حدود النيابة واذن فيخرج الامر عن كونه حالة مسئولية ناشئة عن تجاوزحدود النيابة ونكون امام حالة تعهد عن الغير تحكمها المادة ١٥٣ من القانون المدنى وهو وضع أصيل له أحكامه الخاصة به أما اذا لم يكن التعهد عن الغير صريحا وكان المتعاقد مع النائب جاهلا تجاوز حدود النيابة فليس من السهل فى جميع الاحوال استنتاج التعهد عن الغير من الظروف ويستحسن لهذا ارساء مسئولية النائب قبل الغير على أساس آخر ٠

ومجمل القول أن التقنينات المختلفة تقر مسئولية النائب عن تجاوز حدود النيابة متخذة أساسا لهذه المسئولية خطأ النائب تارة (القانون الفرنسى) ونظرية الخطأ فى التعاقد culpa in contrahendo تارة أخرى (القانونين الايطالى والسويسرى وكذلك القانونين

= مسئوليته لا تنتفى باطلاعه الغير على سعة نيابته بل يظل مسئولا باعتباره متعهدا عن الغير وهذه الصورة الاخيرة كما نلاحظ فى المتن هى حالة تعهد عن الغير عادية اذ ان الغير يعلم فيها بحقيقة مدى النيابة وحالات مسئولية النائب الحقيقية انما تقتصر على الصورة التى يكون الغير فيها جاهلا بتجاوز النائب حدود نيابته ٠

وانظر فى القضاء الفرنسى حكم محكمة استئناف ديجون فى ١٩ مايو سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١/٤٠٥ :

« Le mandataire qui ne fait pas connaître suffisamment ses pouvoirs aux tiers, est seulement tenu d'une obligation de faire qui n'est autre que celle du porte-fort, et dont l'inexécution se résout seulement en dommages-intérêts, sans qu'il puisse être considéré comme une caution tenue de l'engagement qu'il prend au nom du tiers et qui ne saurait l'obliger que s'il s'y est personnellement soumis ». Dijon 19 mai 1931, D.H. 1931/405.

وهذا الحكم صريح فى اتخاذ فكرة التعهد عن الغير أساسا لمسئولية النائب فى حالة جهل الغير بحدود النيابة ، غير أن هذا اتجاه غير مستقر فى القضاء الفرنسى الذى يسير اغلبه على فكرة الخطأ كاساس لمسئولية النائب ٠ انظر عكسه استئناف باريس ١١ يناير ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨/٢٧٩ المبدأ الأخير ٠

(١) انظر رواست : دروس الدكتوراه ص ١٨ ٠

الانجليزى والأمريكى مع ملاحظة ان مدى التعويض فى هذين الاخيرين أوسع) والحكم الذى يترتب على تلك المسئولية هو التزام النائب بتعويض الغير عن الضرر الذى يصيبه على تفاوت فى نطاق هذا التعويض .

١٢٢ — على أن القانون المدنى الألمانى قد انفرد دون سائر التشريعات بأحكام خاصة فى مسئولية النائب عن تجاوزه حدود النيابة وهى أحكام تستحق التفاتا خاصا لخروجها عن نطاق العرض المتقدم اذ هى تصل فى بعض صورها الى اعتبار النائب الذى يتعاقد بغير صفة أو يتجاوز حدود نيابته ملتزما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذى أجراه مع الغير (١) .

وقد نظمت مسئولية النائب عن تجاوز حدود النيابة أو التعاقد بغير صفة المادة ١٧٩ من القانون المدنى الألمانى ، ويمكن تبويب أحكام القانون الألمانى فى هذا الصدد كالآتى :

فأولا — فى حالة علم الغير بخروج النائب عن حدود الانابة أو بانعدام صفته لا تترتب على النائب أية مسئولية قبل هذا الغير وذلك لانعدام حكمة مثل هذه المسئولية فى تلك الظروف . والقانون الألمانى يتفق فى هذا مع سائر التشريعات كما أنه يسوى مثلها بين حالة علم الغير فعلا وبين حالة افتراض علمه حتما أى حالة نشوء جهله عن خطأ منه كتقصيره فى تحرى الحقيقة مثلا .

وثانيا — حالة جهل الغير بخروج النائب عن حدود نيابته أو

---

(١) فى القانون الامريكى كان عدد كبير من أحكام القضاء القديمة (التى يرجع تاريخها الى النصف الاول من القرن التاسع عشر) يلزم النائب فى أمثال هذه الحالات بأحكام العقد بدلا من الشخص الذى تعاقد النائب باسمه بدون صفة او متجاوزا حدود مكنته . ومع أن الظاهر ان الاتجاه السائد الآن فى القانون الامريكى هو تأسيس مسئولية النائب فى تلك الحالات على فكرة الخطأ عند تكوين العقد (انظر البند ١٢٠ المتقدم) الا أن محاكم بعض الولايات لاتزال تلزم النائب بأحكام العقد الذى عقده مع الغير . انظر Mechem, Section 323 وكذلك Ferson, Section 289

انعدام صفته وفى هذه الحالة تتقرر مسئولية النائب ، وهنا يميز القانون الألمانى — وهو ينفرد بهذا التمييز — بين وضعين :

١ — علم النائب بانعدام صفته أو بتجاوزه حدود نيابته • وفى هذا الفرض تكون مسئولية النائب فى أوسع مداها اذ يلزم اما بتنفيذ العقد واما بتعويض الضرر كاملا والخيار بين هذين الجزاءين متروك للغير المتعاقد مع النائب • وعلى هذا يكون التزام النائب (أو بالأحرى المتخذ صفة النائب) فى هذه الحالة التزاما تخييريا مما نصت عليه المادة ٢٧٥ من القانون المدنى المصرى على أن الخيار فيه متروك للدائن (أى الغير المتعاقد) دون المدين •

وبهذا الحكم يكاد ينفرد القانون المدنى الألمانى عن سائر التشريعات اذ ليس منها ما يصل بجزاء مسئولية النائب (أو المتخذ صفة النائب) الى حد الزامه بتنفيذ العقد (١) اللهم الا القانون المدنى الأرجنتينى الذى تحوى المادة ١٩٣٣ منه حكما مشابها لحكم المادة ١٧٩ من القانون المدنى الألمانى وكذلك قانون التجارة النمسوى فى المادة ٥٥ منه •

على أن الغير المتعاقد متى استعمل خياره فليس له أن يرجع فيه ويترتب على ذلك أنه اذا اختار التعويض فان مقداره يحدد على أساس نفاذ العقد على الأصيل فيحدد مبلغ التعويض بالنسبة الى ما فات المتعاقد بسبب عدم قيام الأصيل بتنفيذ العقد • أما اذا اختار تنفيذ العقد بمعرفة النائب ثم نكل النائب عن القيام بهذا التنفيذ فان التعويض الذى يستحق فى هذه الحالة انما يتحدد بالنظر الى شخص النائب بحيث يكون مساويا للضرر الذى عاد على المتعاقد بسبب عدم قيام النائب (لا الأصيل) بتنفيذ العقد •

(١) وجدير بالذكر أن هذا الحكم ليس من مستحدثات التقنين الألمانى الصادر سنة ١٩٠٠ بل أنه كان متضمنا فى المادة ٥٥ من قانون التجارة البروسى ، كما كانت تنص عليه المادة ٢ من قانون التجارة النمسوى الصادر سنة ١٨٦٢ والملغى الآن •

وجدير بالذكر هنا أن معيار تحقق المسئولية بهذا النطـاق الواسع هو مجرد علم النائب بانه يتجاوز حدود النيابه او بانه منعدم الصفه فى التعاقد باسم الأصيل ، ولا محل بعد هذا للبحث عن حسن نية النـائب أو سوء نيته فسيان أمام هذا الحكم النائب الذى يكون سيىء النيـة والنائب الذى يقدم بحسن نية على تجاوز حـدود أنابته مؤملا اجازة الأصيل •

٢ ـ جهل النائب بانعدام صفته أو بتجاوزه حدود نيابته • وفى هذا الفرض يكون جـزاء مسـئولية النائب قاصرا على تعويض المصـلحة السلبية دون التعويض الكامل عن عدم التنفيذ ، وهذا تطبيق لنظرية ايرنج التى سـلفت الاشـارة اليها وقد رأى واضعو القانون المدنى الألمانى بهذا الحكم تخفيف مسئولية النائب الذى كان يجهل أنه تجاوز حدوده أو أنه منعدم الصـفة ، تمييزا له عن النائب الذى يقدم على التعاقد وهو عالم بأنه تجاوز حدود انابته أو بأنه لا صفة له أصـلا •

وجماع أحكام القانون المدنى الألمانى فى هذا الصدد فى اعتبارين: علم الغير بالعيب الذى يشوب صفة النائب (سواء فى أصل وجودها أو فى نطاقها) ويترتب على هذا العلم انتفاء كل مسئولية على النائب • وعلم النائب بالعيب الذى يشوب صفته ، ويترتب على وجودها هذا العنصر أو انتفائه اختلاف فى مدى مسئولية النائب وبالتالى فى تقدير التعويض (١) •

---

(١) أنظر فى أحكام القانون المدنى الألمانى بخصوص مسئولية النائب ـ سالى : الترجمة الرسمية للقانون المدنى الألمانى • التعليق على المادة ١٧٩ ص ٢٢٨ وما بعدها • وبوبسكو رامنسيانو ص ٤٨٨ وما بعدها • ويلاحظ أن التقنين المدنى الألمانى لم يعد مطبقا فى اقليم جمهورية ألمانيا الديمقراطية (الشرقية) منذ يناير ١٩٧٦ فقد صدر التقنين المدنى الجديد لألمانيا الديمقراطية فى يونيو ١٩٧٥ وتنص المادة ٥٩ فقرة ٢ منه على مجرد الزام من انتحل صفة النائب أو تجاوز حدود انابته بتعويض الضرر الناشىء عن عدم نفاذ التصرفات التى ابرمها ، وبهذا أصبحت الأحكام المفصلة فى المتن قاصرة التطبيق على اقليم جمهورية ألمانيا الاتحادية (الغربية) •

الفصل الثالث

الانـابة الظـاهرة

١٢٣ ـ تقدم لنا القول بأن مدى النيـابة يتحدد بالنظر الى مصدرها ففى النيابة الارادية (الاتفـاقية) تتعين حدود مكنة النائب بالنظر الى الانابة الصـادرة من الأصيل فما دخل فى تلك الحدود من أعمال النائب لزمت الأصيل آثاره وما خرج منها كان غير ملزم للأصيل .

ثم عددنا من استثناءات هذه القاعدة حالة وجود ظروف من فعل الأصيل من شـأنها اعطاء الغير فكرة عن مدى النيابة أوسع من حقيقة الأمر فى الانابة وهذه هى الحالة التى يصح أن تسمى بالانابة الظاهرة وهى تستحق أن نفرد لها هذا الفصل نشرح فيه هذه النظرية التى أرسى قواعدها القضاء فى تطبيقات عديدة وفيها يتجلى أثر التفاعل بين القواعد القانونية وبين ضرورات الحياة العملية أو بين المنطق البحت وبين اعتبار حماية المعاملات .

ذلك أن نطاق النيـابة لا يتحدد بالنسبة للغير المتعامل مع النائب بمجرد الألفاظ التى صيغت فيها الانابة ـ سواء كانت داخلية موجهة الى النائب ام خارجية موجهة الى الغير ـ بل ان للظروف التى تحيط بالانابة

وللضرورات التى تقتضيها المعاملات نصيبا فى تحديد نطاق النيابة وعلى ضوئها بالاضافة الى صيغة الانابة يستطيع الغير أن يحدد نطاق سلطة النائب ويعين ما يدخل فى مكنته وما لا يدخل من الأعمال القانونية .

وعلى ذلك نستطيع أن نقول مع الأستاذ ديموج ان النيابة تقوم ــ بحكم الضرورة العملية ــ « على الارادة الظاهرة للأصيل أكثر من قيامها على ارادته الحقيقية أو على تعبيره عن تلك الارادة وهذا ما يقتضيه ضمان سلامة المعاملات » (١) .

١٢٤ ــ وقد استقر القضاء الفرنسى فى تطبيقات عديدة على هذه الفكرة منذ أواخر القرن الماضى (٢) وتكفى الاشارة الى بعض الأحكام بهذا المعنى وخاصة الحديث منها . فمن ذلك حكم النقض المدنى الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٥ (٣) مقررا أنه « اذا كانت تعهدات « الوكيل خارج حدود الوكالة تلزم الموكل فى بعض الأحيان استثناء » « من حكم المادة ١٩٩٨ فقرة ثانية بلا حاجة الى أجازة منه فان ذلك » « مشروط بوجود غموض فى عبارات الانابة أو وجود ظروف أخرى » « يمكن نسبتها الى خطأ الموكل ومن شأنها ايقاع الغير المتعامل مع » « الوكيل فى غلط بخصوص طبيعة سلطة الوكيل أو مدى تلك السلطة » .

وحكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٢ نوفمبر ١٩٥٤ (٤) الذى قضى بأن الحدود الظاهرية لنطاق الوكالة فى التأجير تشمل مناقشة

---

(١) ديموج ــ موسوعة الالتزامات جـ ١ بند ١٠٣

« La représentation repose, par nécessité pratique, moins sur la volonté ou « la déclaration du représenté que sur la volonté apparente de celui-ci. La « sécurité dynamique l'exige ainsi ». Demogue : Traité des obligations en général, t. I, No. 103.

(٢) أنظر الأحكام المشار اليها فى بوبسكو ــ رامنسيانو ص ٢٧٠ ــ ٢٧١ .

(٣) دالوز الأسبوعى ٨١/١٩٣٦ .

(٤) جازيت دى باليه ١١٣/١/١٩٥٥ ومشار اليه فى المجلة ربع السنوية ١٩٥٥ ص ٣٣٩ ــ ٣٤٠ مع تعليق بقلم جان كاربونييه تناول فيه وجوب التفرقة بين مجال =

وتحديد شروط عقد الايجار وأهمها المدة وعلى ذلك فلا يجاب الموكل الى رغبته فى التحلل من عقد ايجار أبرمه وكيله مع مستأجر حسن النية لمدة تسع سنوات بمقولة أنه لم يرخص لوكيله قط فى التأجير لمثل تلك المدة الطويلة .

وكذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ١١ يناير سنة ١٩٢٨ (١) الذى يقرر أن النيابة يتحقق حكمها برجوع آثار تصرف النائب الى الأصيل حتى لو كان ذلك التصرف خارج حدود الانابة كما صدرت من الأصيل وذلك متى كان فى غموض العبارات التى صيغت فيها الانابة أو فى مسلك الاصيل أو على العموم فى خطأ منسوب اليه ما يعطى الغير فكرة خاطئة عن مدى سلطة النائب .

ومن تلك الأحكام أيضا حكم استئناف مونبلييه الصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ (٢) قاضيا بأن الأصيل يلتزم بأعمال نائبه الخارجة عن حدود مكنته الحقيقية وذلك متى كانت المكنة الظاهرية لمثل هذا النائب سببا فى اقتناع الغير حسن النية بدخول تلك الأعمال فى نطاق النيابة .

كما قضت المحكمة ذاتها فى ٤ مايو سنة ١٩٤٩ (٣) — مطبقة مبدأ

= النيابة الظاهرة بالمعنى الدقيق وبين مجال تحديد المدى الحقيقى للانابة عن طريق تفسير ارادة الأصيل :

« La Cour de Cassation... réponn par la théorie du mandat apparent... non « sans l'habituelle équivoque.,. car on peut se demander s'il s'agissait bien de « faire produire effet en faveur des tiers de bonne foi à un dépassement de « pouvoirs — domaine propre du mandat apparent — et non pas simplement « de déterminer quelle avait été, dans les rapports entre mandant et manda- « taire, l'étendue réelle des pouvoirs conférés — question d'interprétation de « volonté. L'argumentation de l'arrêt est que le mandat de louer comprend « apparmment (tacitement) le mandat de discuter les clauses du bail et no- « tamment d'en fixer la durée ». — Jean Carbonnier dans la Rev. Trim. 1955, pp. 339-340.

(١) دالوز الأسبوعى ٢٧٩/١٩٢٨ .

(٢) دالوز الأسبوعى سنة ٢٥/١٩٣١ (ملخصات) .

(٣) استئناف مونبلييه ٤ مايو سنة ١٩٤٩ — دالوز ٣٦/١٩٤٩ (ملخصات) .

الانابة الظاهرة — بأن الموكل الذى يترك بيد وكيله توكيلا على بياض لم يعد ذا موضوع يلتزم بما يجريه ذلك الوكيل من تصرفات يسىء بها استعمال ذلك التوكيل متى كانت تلك التصرفات حاصلة مع الغير حسن النية على أن الموكل لا يلتزم من تلك التصرفات الا بما يدخل فى حدود التوكيل اللهم الا أن يكون غمـوض عبـارات التوكيل أو الظروف المنسوب الى الموكل مدعاة للغير الى الوقوع فى غلط بشأن مدى السلطة الممنوحة للوكيل •

وكذلك قررت محكمة اسـتئناف باريس فى ٥ ديسـمبر سنة ١٩٥٣ (١) أن الشركة التجارية التى تسمح لشخص من الغير بغشـيان مقرها وبتلقى البريد والبضائع على عنوانها وباستعمال خاتم الشركة تكون قد وقعت فى تهاون خطير من شأنه اسباغ مظهر الوكالة على هذا الغير ومن ثم فتلتزم هذه الشركة بدفع ثمن بضـاعة استلمها هذا الغير فى مقرها ولا يقبل منها انكار صـفة الوكالة والقول بأن ذلك الشخص كان مجرد نزيل لديها لمدة وجوده فى مدينة باريس •

ومن أحكام القضاء الفرنسى التى أقرت مبدأ الانابة الظاهرة حكم محكمة استئناف دويه فى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ (٢) وان كانت المحكمة فى هذا الحكم لم تلزم صاحب الشأن آثار تصرف الشخص الذى ظهر بمظهر النائب وذلك بسبب خروج ذلك التصرف بطبيعته عن مدى الانابة الظاهرة التى توفرت فى واقعة الدعوى وقد أشارت المحكمة فى حكمها بوجه خاص الى أن صاحب الشأن لم يخلق مظاهر خداعة من شأنها ايقاع الغير فى غلط بصدد مدى الوكالة الحقيقى ومن ثم فلم تر المحكمة وجه

---

(١) دالوز الأسبوعى ١٩٥٤/٣١٥ •

(٢) دالوز الأسبوعى ١٩٥٤/٤٤٤ • وأنظر الاشارة الى الأحكام الحديثة للقضاء الفرنسى فى شان النيابة الظاهرة فيما يلى حاشية بنه ١٣٣ •

لالزام صاحب الشأن آثار التصرف موضوع النزاع مع اقرار المحكمة فى نفس الوقت مبدأ الانابة الظاهرة متى توافرت شروطه •

ولم تخل أحكام القضاء البلجيكى من تطبيقات لمبدأ الانابة الظاهرة فقد سارت عليه محكمة استئناف جاند فى حكمها الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٤ (١) فى قضية هذه وقائعها :

اشترى شخص بضائع بواسطة أحد مندوبى التجار وكالعادة فى المرات السابقة دفع الثمن الى ذلك المندوب الذى اختلسه هذه المرة لنفسه فقام البائع برفع دعوى المطالبة بالثمن ودفع المشترى الدعوى بسابقة سداده للثمن بين يدى المندوب فرد المدعى بأن ذلك المندوب لم يكن مخولا اليه فى القبض واعطاء المخالصة •

وانتهت محكمة استئناف جاند الى اعتبار ذلك السداد مبرئا لذمة المدعى عليه وذلك بعد استعراضها بكل دقة الوقائع التى من شأنها القول بأن البائع جعل المشترى يعتقد ـ أو تركه يعتقد ـ أن المندوب مفوض فى القبض •

١٢٥ ـ وللقضاء المصرى كذلك تطبيقات لمبدأ الانابة الظاهرة جاء معظمها قبل أكتوبر سنة ١٩٤٩ فى أحكام المحاكم المختلطة منها حكم الاستئناف المختلط الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٣٢ (٢) مقررا أنه يستثنى من قاعدة عدم التزام الموكل بأعمال الوكيل الخارجة عن حدود وكالته حالة ما اذا كان الموكل قد خول الوكيل سلطات ظاهرية من شأنها ايقاع الغير حسن النية فى غلط بخصوص مدى الوكالة وقد صدر هذا الحكم فى قضية تتلخص وقائعها فى أن شركة أجنبية قد أنابت عنها فى مصر مدير فرعها فى هذه البلاد ووزعت فى السوق منشورا يحمل نبأ هذه

(١) بازيكريزى ١٦/٢/١٩٥٣ ومشار اليه فى المجلة ربع السنوية ١٩٥٤ ص ١٨٨
(٢) المجموعة المختلطة (البلتان) ١٠٥/٤٤ •

الانابة مع نموذج من توقيع مدير الفرع حين يوقع عن الشركة دون أن يحتوى المنشور أية اشارة الى حدود الانابة أو الى نطاق المكنة المخولة الى هذا النائب وعليه فقد اشترى النائب المذكور باسم الشركة بضائع من شركة أخرى وعند المطالبة بثمن البضائع رفضت الشركة الدفع بمقولة أن مدير فرعها فى مصر لم يكن مخولا له فى الشراء باسمها وانما تقتصر نيابته على تصريف منتجات الشركة فى مصر فقاضت الشركة البائعة الشركة التى اشترى نائبها البضائع باسمها وقد رأت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذه الوقائع انابة ظاهرة من الشركة الى مدير فرعها فى مصر فى كل ما يتصل بنشاطها وقررت المحكمة أن المنشور الصادر عن الشركة بالشكل الذى صدر به يجعل الغير فى حل من قياس مكنة النائب بالمقاييس المعتادة التى يدخل فيها شراء البضاعة التى تتعامل فيها الشركة وأن اصدار ذلك المنشور بغير تقييد مكنة النائب فيه يوجد حالة انابة ظاهرة يتحقق معها أثر النيابة فترجع آثار تصرف النائب مع الغير الى الأصيل رأسا بصرف النظر عن مدى مكنة النائب فى الحقيقة .

وقد اضطردت أحكام القضاء المصرى المختلط على هذا المبدأ ومن ذلك حكم الاستئناف الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ (١) . وحكم الاستئناف الصادر فى ١٧ أبريل سنة ١٩٣٥ (٢) وحكم الاستئناف الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٤٣ (٣) .

وبعد انتهاء أجل القضاء المختلط فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ استمرت المحاكم المصرية فى تطبيق مبدأ الانابة الظاهرة على الوجه

---

(١) المجموعة المختلطة (البلتان) ٤٧/٣٥ .
(٢) المجموعة المختلطة (البلتان) ٢٥٦/٤٧ والمحاماة ٨٠٨/٢٧٩/١٦ .
(٣) المجموعة المختلطة (البلتان) ٧٢/٥٥ .

المتقدم شرحه اذ قضت محكمة استئناف القاهرة فى ٨ فبراير ١٩٥٥ (١) بأنه :

«اذا كان الأصل أن العمل الذى يجريه الوكيل خارجا عن حدود الوكالة»
« غير ملزم للموكل الا اذا أقره ، الا أن القضاء جرى على أنه اذا »
« كانت السلطات المخولة للوكيل بمقتضى عقد الوكالة هى سلطات »
«واسعة من شأنها وبطبيعتها أن تجعل الغير ممن يتعاملون معه يعتقدون»
« بحسن نية بدخول هذه الأعمال فى نطاق وكالته فان من حقهم أن »
« يعولوا على هذه المظاهر ودون أن يكلفوا بالتحقيق أولا من مدى »
« سلطاته التوكيلية . »

كما حكمت محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٥ (٢) بأن :

« المتعاملين مع الوكلاء يجب أن يحميهم القانون اذا ركنوا الى »
« المظاهر الخارجية التى يظهر فيها الوكيل أمام الناس ، ومصدر هذه »
«الحماية مؤسس على الثقة وحسن النية التى يجب أن تسود المعاملات»

وكذلك فان حكم محكمة استئناف المنصورة الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٦٠ فى القضية رقم ٤٣ تجارى لسنة ١٠ ق (غير منشور) قد طبق مبدأ الانابة الظاهرة فى قضية تتلخص وقائعها فى أن مندوب احدى شركات الأقطان فى الأرياف تعاقد مع مزارع على شراء محصوله وحرر العقد بينهما على مطبوعات الشركة وعند مطالبته اياها بثمن الأقطان أنكرت التعاقد وقررت أن المندوب انما كان يشترى لحساب نفسه لا لحساب الشركة فلم تأخذ المحكمة بهذا الدفاع وألزمت الشركة

---

(١) مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة رقم ٣٢ ص ١٠٥ وما بعدها مع تعليق للمؤلف .

(٢) مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة رقم ٥٠ ص ١٥٥ المحاماة السنة ٣٥ رقم ٨٨٢ ص ١٥٨١ وما بعدها — مع تعليق للمؤلف .

آثار العقد على أساسين : ١ ـ مظهر النيابة المتمثل فى تحرير العقد على مطبوعاتها وكذا فى صلة ذلك المندوب بالشركة وهى صلة معروفة بين المزارعين • ٢ ـ حسن نية المتعاقد مع ذلك المندوب •

وأخيرا كرست محكمة النقض المصرية مبدأ النيابة الظاهرة فى حكم لها صدر سنة ١٩٧١ (١) صاغت فيه المحكمة المبدأ فى العبارات التالية :

« يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل أن يكون المظهر الخارجى الذى أحدثه هذا الأخير خاطئا وأن يكون الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجى دون أن يرتكب خطأ أو تقصيرا فى استطلاع الحقيقة • وهذا لم يتحقق فى خصوصية المنازعة المطروحة وذلك أن المدين الذى اتفق مع مدير الشركة المدعى عليها على ابرائه من جزء من الدين المستحق فى ذمته لا يعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن هذا التصرف لا يملكه مجلس الادارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين وأنه لا يملك توكيل غيره فى اجرائه • ومن ثم لا تكون موافقة المدير على قبول هذا الابراء حجة على الشركة لانعدام نيابته عنها فى الحقيقة والظاهر » •

وواضح من هذه الصيغة أن المحكمة أقامت مبدأ النيابة الظاهرية على عنصرين : عنصر موضوعى هو مظهر خارجى من خلق الأصيل يوحى بوجود النيابة ، وعنصر شخصى هو حسن نية الغير مع انتفاء تقصيره فى استطلاع الحقيقة •

١٢٦ ـ ويصح هنا أن نتساءل عما اذا كانت هذه القاعدة التى استقرت عليها أحكام القضاء ـ حماية للغير حسن النية وتثبيتا لأركان

---

(١) نقض ٢١ يناير ١٩٧١ ـ مجموعة المكتب الفنى ١٠١/١٨/٢٢ ـ ١٠٢ وانظر نقض ٣٠ نوفبر ١٩٧١ ـ فمجموعة الكتب الفنى ٩٥٩/١٦١/٢٢ ونقض ٢٢ نوفمبر ١٩٧٥ ـ مجموعة المكتب الفنى ١٤٦٢/٢٧٥/٢٦ •

المعاملات — يقتصر أثرها على تجاوز حدود الانابة أم يمتد ذلك الأثر الى حالة انعدام الانابة أصلا ؟ وبعبارة أخرى اذا كان مسلك الأصيل أو مؤدى الظروف المنسوبة اليه يبرر سحب حكم النيابة على أعمال تخرج عن حدود الانابة الحقيقية فهل يبرر ذلك المسلك أو تلك الظروف اعمال أثر النيابة بالزام الأصيل آثار تصرف شخص ليس أصلا نائبا عن ذلك الأصيل ؟ (١) .

أصدرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية حكما معروفا ذهبت فيه الى تطبيق فكرة الانابة الظاهرة فى واقعة كان أصل النيابة فيها منتفيا ، وهو الحكم الصادر فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٠١ (٢) فى قضية تتلخص ظروفها فى أن احدى شركات السكك الحديدية أخطرت المرسل اليه بوصول البضاعة ودعته الى الحضور لاستلامها فتقدم الى الشركة ابن المرسل اليه ومعه خطاب عليه توقيع والده الذى كان فى

(١) يهمنا هنا أن ننبه الى وجوب عدم الخلط بين الانابة الظاهرة وبين الانابة الضمنية التى تكلمنا عليها آنفا بند ٨٧ فالانابة الضمنية تستند الى ارادة صادرة فعلا من الأصيل شأنها شأن الانابة الصريحة وليس الأمر فيها الا أمر اختلاف صورة التعبير عن الارادة ولذا فالمسالة التى تعرض لنا بصدد الانابة الضمنية هى مسالة تفسير ارادة الأصيل ، أما الانابة الظاهرة فلا تستند الى ارادة الأصيل بل مرجعها الى فكرة حماية الغير وضمان استقرار المعاملات بالنظر الى ظروف الحال بلا بحث عن ارادة الأصيل بل على عكس هذه الارادة متى توفر مظهر النيابة . على أنه قد لايمتنع أن يحدث تلازم بين الفكرتين فى بعض الصور العملية أو أن تخلط بعض الأحكام القضائية بينهما فى تسبيبها لالتزام الاصيل بآثار تصرف النائب . أنظر فى هذا جاك ليوتى : « الوكالة الظاهرة فى علاقتها بالنظرية العامة للظاهر » بحث منشور فى المجلة ربع السنوية سنة ١٩٤٧ ص ٢٩٦

J. Léauté : « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », Rev. Trim. 1947, p. 296.

وأنظر فى المجلة نفسها سنة ١٩٥٥ ص ٣٣٩ — ٣٤٠ تعليقا بقلم جان كاربونييه . وأنظر كذلك بحثا بقلم كريستين لازيرج فى المجلة نفسها سنة ١٩٧٥ ص ٢٢٢ وما بعدها وخاصة ص ٢٣٧ — ٢٣٨ .

(٢) سيريه ١٩٠٢/١/١٣٩ وأنظر تعليقا على هذا الحكم للأستاذ ديموج فى المجلة ربع السنوية ١٩٠٣ ص ٦٥٧ .

الواقع توقيعا مزورا . سلمت الشركة البضاعة الى هذا الابن على آنه نائب عن والده فأقرت محكمة النقض صحة هذا التسليم تأسيسا على الانابة الظاهرة من الأب لأبنه قائلة فى أسبابها ان الشركة قد اعتمدت على المظاهر الدالة على وجــود الانابة وأنه ما كان للشركة فى ظروف الحال أن تشك فى صحة التوقيع أو فى انعدام صفة الابن كنائب عن أبيه . وهكذا فان محكمة النقض الفرنسية لم تنظر الا الى أمرين : وجود مظهر الانابة وحسن نية الغير ، فأعملت قاعدة النيــابة وقضت برجوع آثار العمل الى الأصيل على أساس الانابة الظاهرة .

وقد لقى هذا الحكم انتقادا من بعض الشراح منهم الأستاذ ديموج فى تعليقه الذى سلفت الاشارة اليه فى الحاشية ، ومهما يكن من أمر فهذا التطبيق لفكرة الانابة الظاهرة تقتضيه حمــاية الغير حســن النية وضمان استقرار المعاملات غير أن من الحق أن يقال ان المغــالاة فى تطبيق هذه الفكرة الى حد الزام شخص تصرفات نائب مزيف فيه تضحية بمصالح هذا الشخص فى سبيل حماية الغير وقد ينتج عن هذا ظلم بين فى بعض الأحايين .

ولعل الأوفق أن يقتصر تطبيق فكرة الانابة الظاهرة فى حالة انعدام النيابة أصلا على الأوضاع التي تكون فيها الظروف الموهمة بوجــود الانابة من فعل الأصيل أو أن يكون سكوته ــ مع علمه ــ قد أسهم فى اقناع الغير حسن النية بوجود الانابة وهو مالا نجده فى الواقعة التي قضت فيها محكمة النقض الفرنسية بحكمها المتقدم ذكره . على أن هذا الحكم أصبح الآن قديما والأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية ذاتها صريحة فى اشتراط أن يكون مظهر الانابة من خلق الأصيل (١).

---

(١) نقض مدنى ٦ ديســمبر ١٩٦٧ ــ دالوز ١٩٦٨ ملخصــات ٢٣ وأنظر الأحكام الأخرى المشار اليها فى حاشية البند ١٣٣ أدناه .

١٢٧ — ولقد تضمن مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى الذى أقرته اللجنة العامة سنة ١٩٤٨ النصوص التالية بشأن النيابة الظاهرة :

المادة ٢٥ فقرة ٤ « فى حالة عدم الاقرار يلتزم من تصرف عن غيره « بلا مكنة أو فى خارج حدود المكنة بأن يعوض الضرر الذى سببه» « للغير حسن النية الذى كانت له مصلحة فى نفاذ التصرف » .

المادة ٢٦ « لا يجوز للأصيل أن يحتج بتقييد أو سحب أو انتهاء » « مكنة النائب قبل من كان يجهل ذلك فى الوقت الذى اكتسب فيه » « حقوقا بواسطة النائب » ..

وقد ثارت حول هذين النصين مناقشات طويلة فى لجنة التنقيح اذ رأى بعض أعضائها ومنهم الأستاذ نبوابيه أن نصوص المشروع لا تكفل للغير الحماية الواجبة لأن تلك الحماية لا يكفلها مجرد الزام النائب الظاهر بالتعويض فقد يكون ذلك النائب معسرا واذن فيؤدى نص المادة ٢٥/٤ الى تغليب مصلحة الأصيل على مصلحة الغير حسن النية وعلى اعتبار استقرار المعاملات ، ودافع الأستاذ نبوابيه عن نظرية النيابة الظاهرة على أساس أن الأصيل فى ذلك الوضع ينشىء مخاطر عليه هو أن يتحمل تبعتها ولا يتحمل تلك التبعة الغير المتعامل مع النائب الظاهر (١) .

كما تعرضت مناقشات اللجنة عند نظر المادة ٢٦ (وهى المادة ٣٤ من المشروع التمهيدى) الى القضاء المستقر بشأن الانابة الظاهرة وهو القضاء الذى يتشدد مع الموكل الذى لا يوضح بجلاء حدود مكنة الوكيل فتلزمه لذلك كل تصرفاته فى الحدود الظاهرة ، وقال أحد

(١) اعمال لجنة تنقيح القانون المدنى (الفرنسى) حـ ٣ ص ٢٣٠ — ٢٣١ .

الأعضاء (الاستاذ مازو) أن نص المادة ٢٦ هو استمرار لهذا القضاء ولو أنه يخص بالذات حالة تقييد المكنة وسحبها وانتهائها (١) •

والخلاصة أن مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى لم يقنن كل أحكام القضاء الفرنسى المستقرة فى شأن النيابة الظاهرة وان صرحت الأعمال التحضيرية بأن نصوص المشروع تكريس للقضاء القائم • وعلى هذا فيظل القضاء الفرنسى أوسع من نصوص مشروع التنقيح أما التقدير النهائى لتلك النصوص فمتروك لحين صدور التشريع بها وعلى ضوء ما سيتناولها به القضاء عند التطبيق والتفسير (٢) •

١٢٨ ــ هذا وقد حوى قانون الالتزامات السويسرى فى المادتين ٣٣ فقرة ثالثة و ٣٤ فقرة ثالثة (٣) نصوصا تفيد اقرار هذا القانون لفكرة الانابة الظاهرة فقد نصت المدة ٣/٣٣ على أنه فى حالة الانابة الخارجية يتحدد مدى النيابة على ضـــوء العبارات الموجهة الى الغير ، والفقه السويسرى جار على أن تبليغ الانابة ولو كان غير صحيح (لانعدام المكنة فى الحقيقة) هو الذى يحدد مدى مكنة النائب بالنسبة للغير(٤)•

---

(١) المرجع المذكور ص ٢٤٨ •

(٢) عدلت فرنسا عن فكرة تنقيح قانونها المدنى تنقيحا شاملا وحلت لجنة التنقيح ســـنة ١٩٦٥ فانتفت بذلك امكانية صيرورة مشروع اللجنة تشريعا وضعيا وان بقيت لأعمالها قيمتها العلمية التى لا شك فيها •

(٣) أنظر نصها فى ملحق الكتاب •

(٤) فون توهر ص ٢٩٠ ــ ٢٩١ وانظر الحاشية رقم ٢٤ حيث يقرر المؤلف أن هذه القاعدة لا تقتصر على مدى النيابة وانما تنطبق أيضا فى حالات انعدام النيابة أصلا •

وأنظر دى سوسور ص ٧١ وما بعدها حيث يقول المؤلف ان الأمر ليس متعلقا بتصرف قانونى acte juridique بل بتبليغ communication وعلى هـــذا فمســلك الاصيل تترتب عليه آثار النيابة المقررة فى القانون ولو لم تنصرف ارادة الأصـــيل الى احداث تلك الآثار

« ...Il ne s'agit pas d'un acte juridique mais d'une communication. *L'attitude* « *du représenté entraîne les effets de droit prévus par la loi*, même si ceux-ci « n'ont pas été voulus ». De Saussure : L'acte juridique fait sans pouvoir de représentation, p. 72.

كما نصت المادة ٣/٣٤ على أن الأصيل متى أبلغ الغير اما بعبارات صريحة واما بأفعاله وسلوكه وجود النيابة ومداها فلا يستطيع الاحتجاج على الغير حسن النية بانتهاء الانابة أو بتضييق حدودها الا اذا بلغ به ذلك الغير • وقد جرى قضاء المحكمة الفيدرالية السويسرية على تطبيق مبدأ الانابة الظاهرة ومن أحكامها فى هذا الصدد الحكم الصادر فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٨ (١) قاضيا بأن الانابة ليست خاضعة لأى شكل وأنها قد تكون ضمنية حتى ولو كان الأصيل بيتا من بيوت التجارة وعلى ذلك فقد الزمت المحكمة صاحب الشأن بتصرفات موظف كان يزاول — اغتصابا — سلطات النائب القانونى للمحل وذلك بعلم الأصيل الذى كان يتسامح فى ذلك ، وقد اعتبر هذا الحكم تطبيقا لنظرية الثقة من مقتضاها تغليب مصلحة الغير حسن النية على مصلحة الأصيل (٢) •

ومن تطبيقات القضاء السويسرى لمبدأ الانابة الظاهرة ما يلى (٣):

المحامى الذى يترك فى مكتبه أثناء عطلته محاميا تحت التمرين ويسمح له باستعمال مطبوعات المكتب يعتبر أنه قد أنابه عنه نيابة ظاهرة

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة الفدرالية ١٤٩/٢/٧٤ — A.T.F. 74, II, 149 ومشار اليه فى المجلة ربع السنوية سنة ١٩٥٠ ص ٢٤٦ Revue Trim., 1950, p. 246

« La délégation de pouvoirs n'est subordonnée à aucune forme. Une autorisa-
« tion tacite n'est pas exclue, même de la part d'une maison de commerce.
« Cette autorisation tacite a été admise par le Tribunal Fédéral dans le cas
« où un patron tolérait l'usurpation par un employé des fonctions d'un repré-
« sentant muni de pouvoirs. En effet, d'après la théorie dite de la confiance,
« c'est la protection des tiers de bonne foi qui doit prévaloir sur l'intérêt de
« l'employeur ».

(٢) النظرية المسماة بنظرية الثقة اقام بنيانها الفقه السويسرى واعتبرت متوسطة بين نظريتى الارادة الباطنة والارادة الظاهرة ومقتضاها بوجه عام الاعتداد بالارادة على النحو الذى يستطيع أن يفهمها به الغير حسن النية فى ضوء ظروف الحال بالنظر الى الثقة الواجبة للمعاملات وتعتبر على هذا الوجه لونا من ألوان نظرية التعبير عن الارادة.

أنظر الدكتور أحمد زكى الشيتى « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد » مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٩ ص ١ — ٨٦ (بالفرنسية) وخاصة ص ٣٧ — ٤١ ويرى المؤلف أن القانون المصرى الجديد قد أخذ بهذه النظرية فى صدد تفسير العقود •

(٣) هذه الأحكام مشار اليها فى دى سوسور • المرجع ص ٧٢ — ٧٣ •

(مجموعة أحكام المحكمة الفدرالية ٥٣/٣/١٧٥ وجريدة المحاكم ١٩٢٨/٢/٧٤) وكذا المحل التجارى الذى يترك أحد الاشخاص يستعمل استمارات العقود الخاصة بالمحل (مجموعة المحكمة الفدرالية ٤٩/٢/٢١٥) .

والشركة التى تقر بانتظام تصرفات أحد مديريها خارج نطاق مكنته الحقيقية (مجموعة المحكمة الفدرالية ٥٠/٢/١٣٨ وجريدة المحاكم عام ١٩٢٤/١/٣٤٨) .

كما اعترفت المحكمة الفدرالية بصفة النيابة الظاهرة لابن أحد التجار الذى حضر فى مكتب والده مفاوضات خاصة بعقد من العقود كما حضر ابرام ذلك العقد (مجموعة المحكمة الفدرالية ٣٢/٢/٢٨٤) .

١٢٩ ـ ويخلص الفقه السويسرى من الأحكام القضائية الى أن المادة ٣٣ فقرة ثالثة من قانون الالتزامات لا تحمى مجرد الثقة التى يضعها الغير فى النائب الظاهر اعتباطا وانما تحمى الثقة التى تبررها حالة ظاهرها وجود الحق وتكون منسوبة الى الأصيل (١) .

ويرى ذلك الفقه أن لقاعدة النيابة الظاهرة عنصرين شخصى وموضوعى : فالعنصر الشخصى هو حسن نية الغير المتعامل مع النائب الظاهر .

والعنصر الموضوعى هو وجود حالة من حالات حماية حسن النية أى وجود مظهر خارجى يوحى بوجود النيابة ويكون منسوبا الى الأصيل (٢) .

وتوفر هذين العنصرين ، يؤدى الى حماية استقرار المعاملات مع

---

(١) دى سوسور . المرجع السابق ص ٧٣

(٢) دى سوسور . المرجع السابق ص ٧٩ ـ قرب حكم النقض المصرى ٢١ يناير ١٩٧٢ المشار اليه فى البند ١٢٥ آنفا .

عدم المساس فى نفس الوقت بمصالح الأصيل الجديرة بالحماية .
فالأصل أن الغير الذى يتعامل مع النائب هو الذى يتحمل تبعة انعدام المكنة أو قصورها غير أن هذه التبعة تنتقل الى عاتق الأصيل كلما كان للغير أن يركن الى مظهر من فعل الأصيل (١) مؤداه وجود النيابة أو شمول مكنة النائب للتصرف المبرم مع الغير .

١٣٠ – وفى مصر نجد أن المادة ١٠٧ من القانون المدنى تنص على أنه « اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فان أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف الى الأصيل أو خلفائه » (٢) وهذا النص العام جديد فى التقنين المصرى اذ لم يكن

---

(١) تحرص بعض الأحكام – وهو حرص فى محله – على تحديد الوقائع المؤدية الى القول بأن مظهر النيابة هو من فعل الأصيل أو يمكن أن ينسب اليه بحيث يتحمل نتائجه ومن ذلك حكم محكمة استئناف بورج ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٧ – دالوز الأسبوعى ١٩٥٨ – ١٠٣ ، وقد أبرز هذا الحكم وجوب صدور المظاهر الخارجية عن الأصيل أو امكان نسبتها اليه كنتيجة لاهماله أو تسامحه ، وذلك اذ تقرر المحكمة أنه :

« لكى تلتزم الشركة بتصرفات مديرها الخارجة عن حدود سلطته والتى قام بها لمصلحته الشخصية يجب أن تنطوى تلك التصرفات على اساءة استعمال عنوان الشركة وأن تكون معلومة للشركاء أو يقروها أو يتسامحوا فيها .

وبالتالى فان مدير أحد بنوك الودائع المتخذة شكل شركة توصية بسيطة اذا أصدر بتوقيعه سندات مما يسمى bons de gestion لا يلزم البنك بتلك السندات طالما أن ذلك المدير لم يستعمل اسم البنك وأن الشركاء لم يعلموا بأمرها ولم يقروها ولم يتسامحوا فيها ، فضلا عن أن تصرفات المدير هذه جاءت مخالفة لغرض الشركة وطبيعتها حيث أن اصدار مثل تلك السندات ممتنع على بنوك الودائع » .

(٢) جرى القضاء المصرى على تطبيق هذا الحكم قبل صدور القانون المدنى الحالى اعمالا للمادة ٥٣٠ مدنى قديم وذلك فى حالات انقضاء الوكالة بسبب الوفاة . فمن ذلك حكم محكمة استئناف مصر ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ٧١٥/٣٥٣/١٣ « ... الأعمال التى يجريها الوكيل بعد وفاة الموكل بدون أن يعلم بوفاته تكون صحيحة وقانونية ... وتصرف الوكيل وهو لا يعلم بوفاة موكله ليس باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فلا يحتج به الا ورثة الموكل وفى وجه من عامل الوكيل بسوء نية » .

وكذا حكم محكمة بنى سويف الابتدائية ٩ يناير سنة ١٩٣٦ – المحاماة ٥٢١/٢٢٦/١٦ والمجموعة الرسمية ٢١٤/٣٧ « من المجمع عليه قضاء أنه وان كانت الوكالة تنتهى بوفاة الموكل الا أن أعمال الوكيل التى قام بها بغير علمه بوفاة الموكل تظل =

القانون المدنى القديم يحوى سوى نص المادة ٥٣٠ وحكمهـا خاص بالوكالة وقاصر على حالة انقضائها بموت الموكل أو بعزل الوكيل •

وهـذا النص الرامى الى حمـاية الغير حسن النية يسـتوحى ولا شك الاعتبارات نفسها التى تقوم عليهـا النيابة الظاهرة وان لم يكن تطبيقا لها لأن الفرض هنا أن النيابة وقد تحقق سبب انقضـائها فان القانون مع ذلك يبقيها ويعمل آثارها حماية لمن تعاقد على أساس وجود النيابة ولم يكن يعلم بانقضائها وقد بينت المذكرة الايضـاحية لمشروع القانون المدنى أنه قد قصد من تقرير هذا الحكم الى توفير ما ينبغى للمعـاملات من أسـباب الثقة والاستقرار (١) وهو الاعتبار المنظور اليه فى جميع حالات النيابة الظاهرة فى كافة التشريعات (٢) •

= صحيحة » • ولكن هل كان القضاء فى ظل القانون القديم يطبق نفس القاعدة فى غير حالة الوكالة ؟

قضت محكمة النقض فى دعوى ينطبق عليها القانون المدنى القديم بأن حكم المادة ٥٣٠ خاص بالوكالة فلا يسرى على النيابة القانونية بحيث اذا كان المحجور عليه قد توفى قبل صدور قرار المجلس الحسبى باعتماد تصرف القيم فان التصرف المذكور لا يقوم صحيحا ولو كان الغير المتعاقد مع القيم حسن النية بل ولو كانت الوفاة مجهولة وقت التصرف من جميع ذوى الشأن • وأخذا بهذا المبدأ نقضت المحكمة حكم الاستئناف الذى كان قد قضى بصحة التصرف قياسا على المادة ٥٣٠ باعتبار أن القوامة نوع من الوكالة يسرى عليه حكم تلك المادة ــ أنظر حكم النقض أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض المدنية ــ السنة الثانية ــ العدد الثانى رقم ٧٣ ص ٣٩٤ وما بعدها • وعندنا أن حكم النقض المذكور لا يتفق وضرورة استقرار المعاملات بينما أن حكم الاسـتئناف المنقوض كان أكثر تمشيا مع تلك المصلحة وهو الاتجاه الذى أخذ به المشرع فى القـانون المدنى الحالى اذ جاء نص المادة ١٠٧ عاما ينسحب على كافة أنواع النيابة من اتفاقية قانونية بحكم وروده فى صيغة عامة وبين مواد النيابة بوجه عام خلافا لنص المـادة ٥٣٠ من القانون القديم التى وردت فى الباب الخاص بعقد الوكالة •

(١) المذكرة الايضاحية على المادة ١٦٠ من المشروع التى أصبحت المادة ١٠٧ من القانون

(٢) النيابة فى هذه الصورة التى نصت عليها المادة ١٠٧ نيابة حقيقية وليست ظاهرة وذلك لأنها وجدت فعلا وكل ما هنالك أن القانون نص على تراخى انقضائها ــ رغم تحقيق الواقعة المنهية لها ــ وذلك فى الحالات التى لا يعلم فيها ذوو الشأن (النائب والغير المتعاقد معه) بتلك الواقعة فهى اذن نيابة حقيقية استمر قيامها بنص القانون لاعتبارات تماثل تلك التى يقوم عليها مبدأ الانابة الظاهرة • *انظر السنهورى : الوسيط جـ٧ ـــ* المجلد الأول ــ ص ٦٥٨ •

وقد حوت المذكرة الايضاحية فى تعليقها على المادة ١٦٠ من المشروع (المادة ١٠٧ من القانون) تطبيقا آخر أبلغ فى الدلالة على أخذ الشارع المصرى بالمبررات التى تستند اليها فكرة النيابة الظاهرة فقد جاء بها أنه اذا كانت النيابة ثبتة بالكتابة و «احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته فى هذا السند حق التمسك بالنيابة ويستوى فى هذه الحالة أن يكون النائب عالما وقت التعاقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلا بهذه الواقعة . وقد روعى فى تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصيل فى عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » فهنا نجدنا أمام حالة لم يعد فيها للنيابة وجود فى الحقيقة ولكن ظرفا منسوبا الى خطأ الأصيل (الاهمال فى سحب السند المثبت للانابة) دفع الغير الى الاعتقاد عن حسن نية بأن النيابة موجودة وعلى هذا فيتحقق حكم النيابة استنادا الى الانابة الظاهرة (١) .

١٣١ – ويحوى القانون الانجليزى فى نظامه المقابل للنيابة والمعروف باسم agency قواعد يمكن تقريبها من قواعد الانابة الظاهرة فى القوانين اللاتينية وغيرها مما تقدمت الاشارة اليه وهذه القواعد فى القانون الانجليزى ليست الا تطبيقا لقاعدة كلية من قواعد مؤداها أنه لا يقبل من الشخص قول يتنافى مع سابق سلوكه متى كان هذا السلوك دافعا للغير الى تغيير فى مركزه القانونى change in position – وهى يمكن أن تقابل بقول فقهاء الشريعة عندنا

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ – البلتان ٢٨٦/٩ : « ان بقاء سند التوكيل بين يدى الوكيل حتى بعد عزله وعدم بذل الموكل أى سعى لسحبه منه يبيح للغير أن يفترض قيام الوكالة » . وفى واقعة الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم كان الموكل قد أنهى الوكالة باعلان على يد محضر وجهه الى كبير كتاب المحكمة ولم يثبت علم الغير به ، كما ثبت للمحكمة استمرار قيام الوكيل بشئون الموكل حتى بعد عزله بالطريقة المذكورة ، أى أنه كان ظاهرا بمظهر الوكيل .

« من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه » ــ ولهذه الكلية في القانون الانجليزى تطبيقات عديدة منها حالة النيابة وتسمى هذه القاعدة الكية في اصطلاح القانون الانجليزى estoppel كما يطلق على النيابة المبنية عليها اصطلاح agency by estoppel وجدير بالذكر أن هذه القاعدة ليست من القواعد الموضوعية في القانون الانجليزى بل هى من قواعد الاجراءات المتعلقة بالاثبات وتنطبق في ذلك القانون بوجه من ثلاثة وجوه :

١ ــ لا يقبل من شخص اثبات عكس ما يحتويه حكم قضائى نهائى ومن هذا الوجه تقابل قاعدة الـ estoppel قاعدة حجية الشيء المقضى به في القوانين اللاتينية .

٢ ــ ولا يقبل من شخص اثبات عكس ما يحتويه تعهد مكتوب deed صادر منه .

٣ ــ وأخيرا لا يقبل من شخص اثبات عكس ما يستظهر من سابق مسلكه وهذا الوجه هو أهم أوجه هذه القاعدة اذ يتفرع عنه في العمل الكثير من الأحكام ومنها النيابة الظاهرة في الأحوال التى يكون فيها مسلك الأصيل مؤديا الى الاعتقاد بوجود النيابة (١) .

وعلى ذلك فتوجد النيابة الظاهرة في القانون الانجليزى كلما كان مسلك الشخص مدعاة للغير حسن النية الى الاعتقاد بأنه قد أناب عنه شخصا آخر ففى هذه الحالة اذا تعامل هذا الغير مع ذلك

---

(١) أنظر في قاعدة الـ Estoppel في القانون الانجليزى ــ دارجان : رسالة جرينوبل سنة ١٩٤٣

Dargent : Une théorie iriginale du ddoit anglais en matière de preuve : la doctrine de l'estoppel, Thèse, Grenoble, 1943.

النائب الظاهر فلا يقبل من صاحب الشأن أن ينكر علاقة النيابة لتنافي هذا القول مع سابق سلوكه (١) .

وينطبق هذا الحكم في حالات انعدام النيابة أصلا في حقيقة الأمر ، كما ينطبق كذلك في حالات تجاوز النائب لحدود نيابته وان كان انطباقه في حالات تجاوز حدود الانابة لا ينبني في التحقيق على مبدأ ال estoppel وانما على فكرة المكنة الظاهرة وتغليب تلك المكنة الظاهرة على المكنة الحقيقية للنائب بالنسبة للغير حسن النية (٢) .

واذن فالنيابة الظاهرة في القانون الانجليزي تشمل حالات تجاوز النائب حدود مكنته ويكون مبناها في هذه الحالة أن العبرة بالنسبة للغير حسن النية هي بالمكنة الظاهرة دون المكنة الحقيقية ،

---

(١) Anson : « Principles of the Law of Contract and of Agency in its relation to Contract », Oxford 1920, p. 4033. — Bowstead : « A Digest of the Law of Agency », art. 9, page 21 : « Where any person, by words or conduct, represents or permits it to be represented that another person in his agent, he will not be permitted to deny the agency with respect to any third person dealing, on the faith of any such representation, with the person so held out as an agent, even if no agency exists in fact ».

« متى كان الشخص بلفظه أو بمسلكه قد أظهر شخصا آخر بمظهر النائب عنه أو تغاضى عن ظهور ذلك الشخص الآخر بهذا المظهر ، فلا يقبل منه انكار النيابة قبل الغير المتعامل على أساس ذلك المظهر مع الشخص الظاهر كنائب ولو لم تكن هناك نيابة أصلا في الحقيقة » . بوستيد : المرجع المذكور .

وانظر ستولجار ص ٢٠ ــ ٣٠ حيث ينتقد الاعتماد المبالغ فيه على قاعدة ال estoppel في تبرير الزام الاصيل بتصرفات نائبه الظاهر . وانظر مثل ذلك الانتقاد في صيغى ص ٨٣ حاشية ٤٥ وص ١٨٤ .

(٢) بوستيد : المرجع المذكور ص ٢٧٠ ــ ٢٧١ :

« Every act done by an agent in the course of his employment on behalf « of the principal, and within the apparent scope of his authority, binds the « principal, unless the agent is in fact unauthorized to do the particular act, « and the person dealing with him has notice that in doing such act he is « exceeding his authority». Bowstead : op. cit., pp. 270-271.

« كل تصرف للنائب في أثناء قيامه بمهمته لحساب الأصيل يدخل في نطاق مكنته الظاهرة يربط الأصيل ما لم يكن النائب في حقيقة الأمر غير مخول له في ذلك التصرف المعين وكان الغير المتعامل معه عالما بأن النائب اذ يجرى التصرف المذكور يتجاوز حدود مكنته » . وانظر التطبيقات العديدة الواردة في المرجع المذكور .

كما تشمل النيابة الظاهرة فى القانون الانجليزى حالات تكون فيهـا علاقة النيابة منعدمة أصـلا فى حقيقة الواقع ولكن يكون مسـلك صاحب الشأن مدعاة للغير الى الثقة بوجود الانابة وفى هذه الحالة يكون مبنى النيابة الظـاهرة القاعدة الكلية سـالفة الذكر وهى أنه لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق مسلكه (estoppel)

كما تنطبق هذه القاعدة بالطريق العكسى على الشخص الذى يتعامل دون أن يشير الى أنه نائب ثم يدعى النيابة عن غيره فى التصرف الذى أجراه فهنا لا يقبل منههذا القول لتعـارضه مع سابق تصرفه كصاحب شأن أصيل (١) •

هذا وان قاعدة الانابة الظـاهرة على الوجه المتقدم مأخوذ بها كـذلك فى القـانون الأمـريكى فهى قـاعدة تنتظم الشرائع الانجلوسكسونية عموما (٢) •

ويقيم الفقه الأمريكى قاعدة الانابة الظاهرة على أسس ثلاثة :

١ ـ اعتقاد خاطىء من جانب الغير فى وجود الانابة أو دخول التصرف فى حدودها •

٢ ـ أن يكون المظهر الخاطىء للنيابة من خلق الأصيل بقوله أو فعله أو امتناعه •

---

(١) انظر مع ذلك أحكام الأصيل المستتر فى القانون الانجليزى فيما يلى بند ١٥٤ •

(٢) انظر فى القانون الأمريكى
Reestatement, 2nd (1958), Agency, Section 8 and 8 B.

وينتقد جانب من الفقه الأمريكى تأسيس النيابة الظاهرة على مبدأ الـ estoppel ويفضل أن يطلق عليها اسم « الصفة الظاهرة » apparent authority غير أن الرأى الاغلب هو تأسيسها على المبدأ المذكور • انظر المرجع السابق فى الوضع المذكور وبخاصة التعليق حرف على البند ٨ : Section 8, Comment d وكذلك Mechem بند ٨٦ وما بعده و Ferson البنود ١٤٣ ـ ١٥٥ •

٣ ــ حسن نية الغير فى الاعتماد على ذلك المظهر الذى خلقه الأصيل (١) .

١٣٢ ــ ونجد من جزئيات الأحكام في الشريعة الغراء ما قد يسوغ القول بأن الشريعة تقر فكرة الانابة الظاهرة وأن العبرة فيها بظاهر مكنة النائب بالنسبة للغير حسن النية دون حقيقة تلك المكنة فى واقع الأمر .

من ذلك قولهم فى وجوب ابلاغ انقضاء النيابة الى الغير .
« ان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب (أى المدين) يبرأ
« بالدفع حتى يأتيه الخبر أنهقد أخرجه من الوكالة لأن توكيله اياه »
« بمحضر من المطلوب أمر للمطلوب بالدفع اليه ثم الاخراج نهى له »
« عنه ذلك فبعد ما علم بالأمر لا يثبت حكم النهى فى حقه ما لم يعلم»
« به » (٢) .

ومثل ذلك ماورد فى حاشية ابن عابدين « وكله بقبض الدين »
« ملك عزله ان بغير حضرة المديون وان وكله بحضرته لا لتعلق »
« حقه به كما مر الا اذا علم به (بالعزل) المديون فحينئذ ينعزل ثم »
« فرع بقوله دفع المديون دينه اليه أى الوكيل قبل علمه أى المديون »
« بعزله يبرأ وبعده لا لدفعه الى غير وكيل » (٣) .

وعند غير الحنفية تجد الحكم الجزئى عينه معللا بمنع

---

(١) كوبولا بند ٦ و ٢٤ و ٥٧ الى ٦٢ .
(٢) المبسوط ج ١٩ ص ٦٩ .
(٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ٤٣٤ (بولاق سنة ١٣٢٥) .
(٤) المغنى ج ٥ ص ٢٤٢ (مصر سنة ١٣٤٧) :

« والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله نص عليه فى رواية جعفر بن محمد لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشترى أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشترى ويجب ضمانه ويتضرر « المشترى والوكيل » .

الضرر (٤) • وهى علة اذا أطلقناها جاز أن ينبنى عليها جميع حـالات النيابة الظاهرة المعروفة فى القوانين الحديثة كما تقدم لنا بيانه •

١٣٢ مكرر ــ وقد انفرد قانون الوكالة السـوداني الصادر سنة ١٩٧٤ ــ من بين قوانين الدولة العربية ــ بايراد نص تشريعى صريح على مبدأ الانابة الظاهرة وذلك اذ تنص المادة ١١ منه على أنه « تكون السلطة ظاهرة اذا خلق الأصـيل بقوله أوبسـلوكه مظهرا أو سمح بخلق مظهر يفهم منه أن لشخص ما السلطة فى العمل نيابة عنه ولم تكن لذلك الشخص سلطة وتعـامل الطرف الآخر مع ذلك الشخص بصفته وكيلا اعتمادا على ذلك المظهر » • ولفظ السلطة يستعمله قانون الوكالة السودانى بمعنى مكنة الوكيل أو صـفته فى التصرف لحسـاب الموكل وقد تقدم له تعريف ذلك اللفظ فى المادة الثالثة فقرة ٢ منه كالآتى : تسمى قدرة الوكيل فى التأثير على علاقة الأصيل القانونية مع الأطراف الأخرى « السلطة » •

١٣٣ ــ وقد بحث عديد من الشراح الأساس القانونى لالتزام الأصيل تصرف النائب الظاهر محاولين ادخال هذا الوضع ضمن نظام من النظم القـانونية المعهودة فبعضهم اذ وجد الأصيل ملزما بآثار تصرف النائب الظاهر من غير أن تكون هناك انابة صادرة من الأصيل أراد أن يسند هذه النتيجة الى المسئولية التقصيرية باعتبار أن مثل هذا الأصيل مرتكب لخطأ شخصى (يتمثل فى ايجاد الظروف التى أوهمت الغير بقيام النيابة) فيلتزم اذن بتعويض الغير عن الضرر الذى أصـابه ويكون التعويض عينيا بالزام الأصيل بنتائج تصرف النائب الظاهر (١) •

---

(١) ينظر تفصيل هذا الرأى فى جيرو : « الظاهر كمصدر للمسئولية » رسالةمن باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٢٠ ـ مشار اليه فى بحث ليوتى عن الوكالة الظاهرة المنشور بالمجلة ربع السنوية سنة ١٩٤٧ ص ٣٠٠ •

ولقد يمكن آن يقال ان أغلبية أحكام القضاء كانت تنحاز ضمنا لهذا الرأى فى الأساس القانونى لالتزام الأصيل بتصرف النائب الظاهر وذلك اذ تشير الأحكام الى « الظروف التى يمكن نسبتها الى خطأ الأصيل » أو الى « مسلك الأصيل وخطئه » باعتبارها منشئة لمظهر النيابة بالنسبة للغير حسن النية ، على أننا لا نعتقد أن الأحكام الكثيرة التى استعملت هذه التعبيرات كانت تقصد اتخاذ المسئولية التقصيرية أسـاسا لالتزام الأصيل فهى انما كانت تقرر القاعدة دون بحث عن تبريرها الفقهى (١) •

هذا الى أن أصلت محكمة النقض الفرنسية بدوائرها المدنيـة المجتمعة فى حكم صـادر فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ (٢) أساس نفاذ

---

(١) أنظر تعليق المؤلف على حكم استئناف القاهرة ٨ فبراير ١٩٥٥ (التشريع القضاء ١٠٥/٣٢/٧) المشار اليه آنفا بند ١٢٥ فقد أشار الحكم المذكور الى حق الغير فى « أن يدفعوا بنفاذ مثل هـذا التصرف فى حق الموكل أو بالأقل اعتبار هذا الأخير مسئولا عن خطأ وكيله الذى اختاره لينوب عنه فى معاملاته مع الغير » ـ وقد أشرنا فى التعليق المذكور الى مافى اتخاذ المسئولية التقصيرية (سواء عن الخطأ الشخصى أو عن خطأ الغير (أساسا لنفاذ التصرف فى حق الأصيل من خلط بين مجال الوقائع القانونية ومجال التصرفات القانونية ، فضلا عن أن جزاء المسئولية التقصيرية هو تعويض الضرر أما نفاذ التصرف بمقتضى مبدأ الانابة الظاهرة فيشمل كافة آثار التصرف حقوقا كانت أم التزامات ومنبع هذه الآثار هو تصرف النائب الذى أجراه مع الغير وليس خطأ الأصيل أو خطأ النائب • هذا ويلاحظ ما يؤدى اليه اتخاذ المسئولية التقصيرية أساسا لالتزام الأصيل بآثار تصرف النائب الظاهر من نتائج تجافى حكمة تقرير مبدأ النيابة الظاهرة وأول هذه النتائج ايقاع عبء اثبات الخطأ على عاتق الغير المتعامل مع النائب وهو عبء قد ينوء به هذا الغير المقصود بالحماية فى كثير من الأحيان •

وأنظر كذلك انتقاد تأسيس الانابة الظاهرة على المسئولية التقصيرية : كاليه ـ أولوا ، رسالة من مونبلييه سنة ١٩٥٩ •

Calais-Aulov : Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, Thèse, Montpellier, 1959, pp. 57 et 58.

(٢) Cass. Ass. Plén. Civ., 13 déc. 1962, Bull. 1962, No. 2, p. 3.

وقد جاء فى حيثيات هذا الحكم ما يلى :

Attendu que, selon le moyen, le mandat apparent suppose une faute imputable au prétendu mandant et se trouvant à la base de l'erreur du tiers...

Mais attendu... que le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être repro-

تصرف النائب الظاهر فى حق الأصيل وذلك اذ أرجعته الى قيام الحالة الظاهرة دون حاجة الى أى خطأ يمكن نسبته الى الأصيل وبهذا الحكم الهـام جعلت المحكمة العليا الفرنسية الظاهر مصدرا للانابة فى ذاته وبصرف النظر عن خطأ الأصيل وذلك بشرط أن يكون لانخداع الغير بهذا الظـاهر ما يبرره أو بعبارة المحكمة « بشرط أن تكون العقيدة التى كونها الغير عن مدى سلطات الوكيل مشروعة بمعنى أن يكون فى ظروف الحال ما يسمح للغير بعدم التحرى عن الحدود الصحيحة لهذه السلطات » ، وكون الغلط الذى وقع فيه الغير « مشروعا » بهذا المعنى هو مسألة تقديرية ترجع الى ظروف كل حالة على حدتها •

---

chée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs.

والحكم منشور كذلك فى دالوز ١٩٦٣/٧٧ مع تعليق بقلم Calais-Auloy

وانظر تعليقا آخر على هذا الحكم فى المجلة ربع السنوية ١٩٦٣ ص ٥٧٢ ـ ٥٧٤ بقلم كورنو Cornu

وقد توالى صدور أحكام جديدة من محكمة النقض الفرنسية تطبيقا لمبدأ النيابة الظاهرة هذه أهم تلك الأحكام :

مدنى ٤ يناير ١٩٦٥ ـ دالوز ١٩٦٥/٢١٨ ، مدنى ٣٠ مارس ١٩٦٥ ـ دالوز ١٩٦٥/٥٥٩ ، مدنى ٣٠ نوفمبر ١٩٦٥ ـ دالوز ١٩٦٦/٤٤٩ مع تعليق بقلم كاليه ـ اولوا ، تجارى ٢٩ مارس ١٩٦٦ و ٢٥ مايو ١٩٦٧ J.C.P. ١٩٦٧/١٥٣١٠ مدنى ١٣ يونيو ١٩٦٧ ـ J.C.P. ١٩٦٧/١٥٢١٧ (أنظر تعليقا على الأحكام الثلاثة الأخيرة بقلم جيرار كورنو فى المجلة ربع السنوية ١٩٦٨ ص ١٦٩ ـ ١٧٠ ، مدنى ٦ ديسمبر ١٩٦٧ دالوز ١٩٦٨/ملخصات/٤٣ ، تجارى ٢١ فبراير ١٩٦٨ ـ مجموعة احكام النقض ١٩٦٨/٤/٨١/٦٨ ، مدنى ٢٢ مايو ١٩٦٨ ـ مجموعة أحكام النقض ١٩٦٨/٣/٢٣٤/١٧١ تجارى ٢١ مايو ١٩٦٨ ـ مجموعة أحكام النقض ١٩٦٨/٤/١٦٥/١٤٧ ، مدنى ٣ اكتوبر ١٩٦٨ ـ مجموعة أحكام النقض ١٩٦٨/٣/٣٦١/٢٧٧ ، مدنى الدائرة الثالثة ٣ يناير ١٩٦٩ ـ دالوز ١٩٦٩/ملخصات/٧٨ وهذا الحكم الأخير اثبت صفة النائب الظاهر عن مالك العمارة لبوابها الذى ظل لسنوات عديدة يوقع على عقود الايجار وعلى ايصالات الأجرة ، مدنى ٢٩ ابريل ١٩٦٩ دالوز ١٩٧٠/قضاء/٢٣ مع تعليق بقلم كاليه أولوا ، مدنى ٥ ينـــاير ١٩٧٠ ـ دالوز ١٩٧٠/ملخصـــات/٤٥ ، مدنى ٤ مارس ١٩٧١ دالوز ١٩٧١/ملخصات/١٥٠ ، مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ١٩٧٦/١/٤٠٣ مشار اليه أيضا فى المجلة ربع السنوية ١٩٧٧ ص ٥٧٠ مع تعليق بقلم كورنو ، مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٧٧ ـ دالوز D. 1977, Inf. rap. 163.

وهذا التقدير من اطلاقات قضاة الموضوع لا تعقيب عليه لمحكمة النقض ، وبهذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بأن « لقضاة الموضوع بما لهم من سلطة تقديرية أن يقرروا ما اذا كان يخلص من ظروف الدعوى أن الغير كان محقا فى اعتقاده بأن الوكيل كان يتصرف فى حدود وكالته » (١) .

وشهد الفقه محاولات أخرى لاقامة أساس التزام الأصيل بتصرف النائب الظاهر على فكرة استقرار المعاملات (٢) أو على فكرة المخاطر على أساس أن الأصيل وهو الذى يستفيد من نشاط النائب الظاهر عليه أن يحتمل مغارم ذلك النشاط (٣) .

ورأى فقيه فرنسى تعرض لبحث مسألة الأساس القانونى لالتزام الأصيل فى النيابة الظاهرة ، هو جاك ليوتى ، أن ذلك الالتزام بآثار تصرف النائب الظاهر هو صورة من صور المسئولية التقصيرية عن فعل الغير (٤) قد تكون أحيانا مسئولية المتبوع عن فعل التابع اذا توفرت فى النائب الظاهر صفة التبعية كما قد تكون فى غير هذه الأحوال صورة خاصة من المسئولية التقصيرية عن فعل الغير بمعنى عام (٥) .

وهذا الرأى الأخير يتجه اليه النقد من جهة اقتصاره على جانب واحد من جانبى النيابة الظاهرة هو جانب تجاوز النائب حدود نيابته وذلك باعتراف صاحبه الذى يقرر أنه لا يتعرض للأحوال التى تكون

(١) نقض مدنى فرنسى ٣ أكتوبر ١٩٦٨ – مجموعة أحكام النقض ٣٦١/٣/١٩٦٨ ٢٧٧ .

(٢) ديموج مشار اليه فى بحث ليوتى سالف الذكر ص ٣٠٢ – وهذه الفكرة هى فى الحق ركاز النيابة الظاهرة .

(٣) أنظر ليوتى : المرجع السابق الموضع المذكور .

(٤) مجال هذا الرأى قاصر على حالات تجاوز النائب حدود نيابته دون حالات النيابة الظاهرة التى تكون فيها الانابة منعدمة أصلا .

(٥) المرجع السابق ص ٣٠٣ وما بعدها .

فيها الانابة منعدمة أصلا (١) وبذلك يفقد هذا الرأى صـفة العموم فيفقد ــ بقدر اقتصاره على جانب دون آخر من جوانب الموضوع ــ شيئا من قيمته النظرية .

وأخيرا نجد أن الأساتذة مازو يجعلون للنيابة الظـاهرة أساسا ذا شـقين ففى حالة وجود خطأ ارتكبه الأصيل سواء فى اختيار نائبه أو فى خلق مظهر خداع للغير تقوم النيابة الظاهرة على أساس المسئولية التقصيرية ، وأما فى حالة انتفاء الخطأ فأساس تلك النيابة عندهم هو المبدأ القائل ان « الغلط الشائع قانون » ترتيبا على أن ما وقع فيه الغير من غلط بشأن وجود النيابة أو مداها كان حتميا لا يمكن تجنبه وبالتالى فللغير أن يتمسك بالمظهر الذى أوقعه فى مثل ذلك الغلط (٢)

وواضح أن مثل هذا التأرجح بين أساسين فى مختلف حالات النيابة الظاهرة تضيع معه وحدة ذلك النظام الذى يتطلب تبريرا قانونيا موحدا ، فضلا عما يتعرض له أول هـذين الأساسين فى حد ذاته من انتقادات تقدمت الاشارة الى أهمها .

هذا وان الآراء المتقدمة جميعـا ترجع ــ أول ما ترجع ــ الى الميل الطبيعى لادخال كل ظـاهرة جديدة فى نطـاق نظام من النظم المعروفة ، ولا نجدها على ذلك وافية بالغرض ولا كاشـفة عن جديد بشأن النيابة الظاهرة وخاصة تلك الآراء التى مؤداها الخلط بين ميدان المسئولية التقصيرية بأنواعها وميدان الالتزامات التعاقدية .

ومما يستلفت النظر فى هذا الصدد أن الخلاف النظرى حول الأساس القانونى للنيابة الظاهرة قد اقتصر على فقهاء القوانين اللاتينية

---

(١) المرجع السابق ص ٣٠٦ حاشية ٣ .

(٢) هنرى وليون وجان مازو : دروس القـانون المدنى ، الجزء الثانى ، باريس ١٩٦٦ بند ١٥١ .

وخاصة القانون الفرنسي بينما لا نجد لهذا الخلاف أثرا في الفقه الانجليزى وعلة ذلك تتضح من مقارنة القانون الانجليزى بالقوانين اللاتينية في أحكامها المتعلقة بالنيابة الظاهرة • اذ أن النيابة الظاهرة في القانون الانجليزى هى كما سبق القول (١) تطبيق من تطبيقات قاعدة كلية من قواعد الاجراءات المتعلقة بالاثبات مؤداها أنه لا يقبل من أحد اثبات عكس ما يستظهر من سابق مسلكه • وعلى هذا الوجه وعن طريق قاعدة اجرائية يحل القانون الانجليزى مشكلة النيابة الظاهرة فلا تقوم الحاجة الى البحث عن الأساس النظرى لتلك النيابة: أهو المسئولية التقصيرية أم مبدأ تحمل التبعة أم غير ذلك مما اختلفت حوله الآراء في الفقه الفرنسي •

١٣٤ ـ ولعل الأقرب الى الصواب أن يقال ان الربط بين آثار تعبير النائب الظاهر عن ارادته وبين ذمة الأصيل راجع الى قاعدة قانونية (أرساها القضاء ولها تطبيقات فى بعض النصوص التشريعية) وهذه القاعدة القانونية تحل فى ايجاد تلك الرابطة محل ارادة الأصيل فى الانابة الحقيقية وذلك تغليبا لاستقرار التعامل وحياطة لمصلحة الغير حسن النية على الوجه الذى يقتضيه توفر الثقة فى المعاملات (٢)

---

(١) آنفا بند ١٣١ •

(٢) أنظر فى اعتبار النيابة الظاهرة نيابة قانونية السنهورى فى « الوسيط » جـ ٧ المجلد الأول بند ٣٠٨ نهاية ص ٦١٦ •

وأنظر عبد الباسط جميعى : نظرية الأوضاع الظاهرة ، القاهرة ١٩٥٦ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣ حيث يعتبر أساس الانابة الظاهرة «قيام مظهر الوكالة من الناحية الواقعية رغم مخالفة ذلك للحقيقة (بحيث) ينبغى أن تتولد عنه بالنسبة الى الغير الحسن النية نفس الآثار التى كانت تتولد عن الوكالة الحقيقة اذا كان هذا المظهر من الجسامة بحيث لا يتسنى للغير أن يعلم بعدم مطابقته للحقيقة » • • غير أن المؤلف لا يبرز ضرورة أن يكون مظهر النيابة من خلق الأصيل أو ممكنا أن ينسب اليه ، بل هو يرى أن شرطى النيابة الظاهرة هما حسن نية الغير وانتفاء الخطأ من جانبه • أنظر بالمعنى نفسه بحثه عن « الوكالة الظاهرة » فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الخامسة (١٩٦٣) ص ٣٣٨ ـ ٣٣٩ •

وتترتب على اقامة قاعدة الانابة الظاهرة على أساس حماية حسن نية الغير نتيجة هامة من حيث مدى تلك الانابة ، ذلك أن الانابة الظاهرة اذ تنتج عن ظروف الحال وعن مسلك الأصيل انما تكون في الاصل غير محدودة المدى بل تعم جميع التصرفات التى يصح أن تشملها الحالة الظاهرية الموحية بوجود النيابة ، وانما يتحدد مدى الانابة الظاهرة بحسن نية الغير المتعامل مع النائب فلا ينصرف أثر التصرف الى الأصيل متى كان الغير عالما بانعدام النيابة فى الحقيقة أو كان من المفروض حتما أن يعلم بذلك — ولا عبرة بكون ذلك التصرف حسب نوعه مما يدخل فى الحدود الظاهرية لمكنة النائب الظاهر • فنطاق الانابة الظاهرة يتحدد بمدى حسن نية الغير لا بما يصح استنتاجه من المظهر الذى خلقه الأصيل وحسن النية ينتفى لدى الغير متى علم بعدم وجود الانابة أو كان عليه أن يعلم بذلك ، غير أن التحرى عن حقيقة الواقع ليس واجبا على الغير الا اذا كانت هناك ظروف من شأنها أن تبعث على الريبة فى الانابة بمعنى أن لا يفترض فى الغير أنه يعلم حتما بانعدام النيابة الا اذا كانت هناك ظروف مريبة وقصر هو مع ذلك فى تحرى الحقيقة (١) •

١٢٥ مكرر — وقبل أن نختتم الكلام عن الانابة الظاهرة نرى أن نربط بينها وبين ما تقدم لنا فى القسم الأول من هذه الدراسة من عرض النظريات المختلفة فى تفسير النيابة لنجد أن قاعدة الانابة الظاهرة كما استقرت فى الفقه وسار عليها القضاء وكما تتجلى فى بعض النصوص التشريعية ، تسند النظرية التى اخترناها وهى القائمة

---

(١) انظر دى سوسور ص ٩٨

De Saussure : «L'acte juridique fait sans pouvoir de représentations», pp. 98 et 78-79.

وأيضا ص ٧٨ — ٧٩ حيث يضرب المؤلف مثلا للظروف التى توجب على الغير تحرى الحقيقة قدم تاريخ التوكيل المكتوب وتراخى النائب الظاهر لخدمة الأصيل •

على ارادة النائب دون نظرية ارادة الأصـيل ودون نظرية اشـتراك الارادتين •

ففى حالات الانابة الظاهرة جميعها ــ سواء ما انتفت فيه الانابة أصـلا أو ما كان تجاوزا من النائب لحدود انابته ــ نجد أن ارادة الأصيل فى التصرف الذى قام به النائب الظاهر منعدمة بطبيعة الحال ما دام أن انابة لم تصدر قط عن الأصيل فى أحد الفرضين وما دام الأصيل لم يدخل ذلك التصرف فى نطاق الانابة على الفرض الثانى •

أما عن اشتراك الارادتين ــ ارادة النائب مع ارادة الأصيل ــ فى انشاء التصرف القانونى الحاصل بطريق النيابة ، فهذا الاشتراك منتف كذلك فى جميع حالات الانابة الظاهرة ولنفس السبب اذ لا يتصور اشتراك ارادة الأصـيل فى ابرام تصرف لم يخـول للنائب فى ابرامه أصـلا سواء لانتفاء الانابة كلية أو لخروج ذلك التصرف عن نطاق الانابة •

اذن فلا يسوغ فى حالات الانابة الظاهرة اسناد التصرف الحاصل بطريق النيابة الى ارادة الأصيل ولا القول بأن ذلك التصرف قائم على اشتراك ارادتى الأصيل والنائب •

والنظرية الوحيدة التى تنطبق على هذه الحالات هى التى تسند التصرف الحاصل بطريق النيابة الى ارادة النائب وحده على ما وفيناه شرحا فيما تقدم من هذا الكتاب (١) فارادة النـائب تبرم التصرف وتحدد مداه والقـاعدة القـانونية توقع آثار ذلك التصرف فى ذمة الأصيل اما بحكم الانابة (فى حالات النيابة الاتفاقية) واما بحكم القانون (فى حالات النيابة القانونية) وتلتحق بها حـالات النيابة الظاهرة •

---

(١) أنظر آنفا بند ٤٣ وما بعده وبند ٦٥ وما بعده •

الباب الثانى

فى أثر النيابة

١٣٦ ــ متى أبرم النائب فى حدود نيابته تصرفا قانونيا باسم الأصيل فان آثار ذلك التصرف تلتحق ــ بحكم النيــابة ــ بالأصيل مباشرة فتنشغل ذمته بمــا ينتج عن ذلك التصرف من التزامات كما يضاف اليها ما ينشأ عنه من حقوق • وفى هذا الأثر تتجلى القيمــة العملية لنظام النيابة ــ بمختلف تطبيقــاته المتعددة فى القــانون ــ فالنيابة تسمح للشخص بأن يجنى مباشرة النتائج الاقتصادية لتصرفات قانونية لم يبرمها هو وانما قام بها شخص آخر أحل ارادته محل ارادة صاحب الشأن اما برضاء هذا الاخير او بحكم القانون •

وقد نص القانون المدنى المصرى على آثر النيابة فى المادة ١٠٥ بقوله : « اذا أبرم النائب فى حدود نيــابته عقدا باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل » (١)

---

(١) تقابل المادة ١٠٥ مدنى مصرى المادة ١٠٦ مدنى سورى والمادة ٩٤٢ مدنى عراقى والمادة ١١٢ مدنى أردنى والمادة ١٠٥ مدنى ليبى والمادة ٣٢ من قانون الوكالة السودانى والفصل ١١٤٩ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والمادة ٧٤ مدنى جزائرى ، وقد خلا تقنين الموجبات والعقود اللبنانى من نص مقابل غير أن هــذا الحكم لا يخرج عما تقتضيه القواعد العامة •

كما عقبت المادة ١٠٦ بقولها « اذا لم يعلن النائب وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل الأصيل أو النائب »(١)

وعلى هذا فتحقق أثر النيابة باضافة ما ينشأ عن تصرف النائب من حقوق والتزامات الى الأصيل مباشرة رهن بعلم الغير المتعاقد مع النائب بوجود النيابة علما حقيقيا أو مفترضا (٢)

وسنتكلم أولا على العلم بالنيابة ثم تتناول فى فصول ثلاثة أثر النيابة بالنسبة للأشخاص الثلاثة الذين يتناولهم تصرف النائب وهم الأصيل والنائب والغير •

١٣٧ — النيابة لا تنتج أثرها بانشاء العلاقة القانونية المباشرة بين الأصيل والغير المتعاقد معه النائب الا اذا كان قصد كل من النائب والغير — وهما المنشئان للعقد بتلاقى ارادتيهما — قد انصرف الى انتاج ذلك الأثر •

ولا يتصور انصراف قصد كل من النائب والغير الى ذلك الا أن يكون العلم بوجود النيابة مشتركا بينهما والصورة المثلى للاشتراك فى العلم بالنيابة هى أن يعلن النائب عند التعاقد أنه يتعاقد بصفته نائبا عن الأصيل •

---

(١) وتقابلها فى القانون المدنى السورى المادة ١٠٧ وفى القانون المدنى العراقى المادة ٩٤٣ وفى القانون المدنى الليبى المادة ١٠٧ وفى قانون الوكالة السودانى المادة ٣٣ وفى القانون المدنى الجزائرى المادة ٧٥ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتان ٢٢٣ و ٢٢٤ وفى مجلة الالتزامات والعقود التونسية الفصل ١١٤٨ أما المادة ١١٣ مدنى أردنى فهى تفرق فى مثل الحالة بين حكم العقد وبين حقوقه استمدادا من الفقه الاسلامى •

(٢) حكم محكمة القاهرة الابتدائية ٢٣ ابريل ١٩٥٦ — « مجلة الحقوق » التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية — السنة السادسة ص ١٢٨ وما بعدها مع تعليق للمؤلف •

وهذا ما عنته المادة ١٠٥ عند ذكرها ابرام النائب عقدا فى حدود نيابته باسم الأصـيل ، على أنه لا محل للتمسك بحرفية هذا النص واشتراط ذكر اسم الأصيل صراحة عند التعاقد لأن المقصود هو علم الغير المتعاقد بأن العقد انما يتم بطريق النيابة وهذا العلم كما قد يكون عن طريق الاعلان الصريح من جهة النائب قد يتحقق بطرق أخرى كما هو واضح من نص المادة ١٠٦ التـالية . فيكفى اذن أن يكون الغير المتعاقد مع النائب عالما — بأية طريقة كانت — بأن العقد حاصل بطريق النيابة وأن يقصد الارتباط مباشرة مع الأصيل (١) .

١٣٨ — وعلة وجوب العلم بالنيابة واضحة من كون الأصل أن كل متعاقد انما يتعاقد لنفسه وأن آثار الارادة التعاقدية تقع فى ذمة صاحب تلك الارادة ، غير أن نظام النيابة يمكن الأصيل من ايقاع آثار قانونية فى ذمته بواسـطة ارادة شـخص آخر هو النائب ، فاذا كانت تلك الآثار القانونية ناتجة عن عقد ناشيء عن تلاقى ارادة النائب مع ارادة الغير كان لزاما أن يعلم ذلك الغير بالنيابة وأن ينصرف قصده — مع قصد النائب — الى ايقاع آثار العقد فى ذمة الأصيل حتى تتفق الارادتان المنشئتان للعقد على صرف آثاره الى الأصيل أى الى شخص لم يكن فى الأصل لتلحقه آثار العقد الذى لم يشترك فى ابرامه .

١٣٩ — والوقت الذى ينبغى أن يتوفر فيه العلم بالنيابة هو وقت انعقاد التصرف أو تلاقى ارادتى النائب والغير الذى يتعاقد معه وهذا واضح من عبارة المادة ١٠٦ ذاتها اذ تقول « اذا لم يعلن العاقد

---

(١) علم الغير يكون العقد حاصلا بطريق النيابة قد يكون نتيجة لاعلان النائب اسم الأصيل عند التعاقد أى لتعاقده « باسم الأصيل » بالمعنى اللفظى وقد يكون نتيجة لمجرد ذكر النائب أنه يتعاقد بصفته نائبا كما قد يكون نتيجة للظروف التى يعلمها الغير دون أن يذكرها المتعاقد معه كما فى حالة تأجير الوصى لعقار القاصر فان آثار الايجارة تلحق القاصر بغير حاجة الى أن يذكر الوصى صراحة أنه يتصرف بصفته وصيا لأن ذلك معلوم من الظروف .

وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل .. » فان لم يتوفر هـذا العلم ـ الحقيقى أو الحكمى على ما سيجيء ـ عند ابرام العقد انتفى حكم النيابة ولزمت آثار العقد كلا من المتعاقدين شخصيا وان ظهر فى وقت لاحق لابرام العقد أن أحدهما لم يكن أصـيلا فى التصرف . ومن هنا كان الوكيل الذى يتعاقد باسمه شخصيا دون أن يشير الى صفته (وهو ما اصطلح على تسميته أحيانا بالاسم المسـتعار) هو الملزم وحده دون موكله بكافة آثار العقد (١) ولو لجأ مثل هذا الوكيل فى وقت لاحق لانعقاد العقد الى اظهار صفته والاعلان عن شخص موكله الذى أبرم العقد لحسابه لما ترتب على ذلك اجراء حكم النيابة بوقوع آثار التصرف فى ذمـة الموكل مباشرة ولا معدى لمثل هذا الوكيل من أن ينقل آثار تصرفه الى الموكل بتصرف جديد بينه وبين موكله (٢) أو بطريق احلال الموكل محله فى العقد بالاتفاق على ذلك مع المتعاقد الآخر ويكون هـذا الاتفاق معدلا للعقد الأول بالنسبة لشخصية أحد طرفيه .

---

(١) أنظر نقض ١٥ ابريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ١٧٠/٦٢/٢٥ ونقض ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ ـ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما جـ ٢ ص ١٢٣٥ رقم ٨ وطنطا الابتدائية ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ القسم الثانى رقم ٥٤ ص ١٠٣ وستئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ البلتان ١٨٧/٣٤ واستئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ البلتان ٣٦٦/٣٨ واسـتئناف مختلط ٣ مارس ١٩٣٦ البلتان ١٧٠/٤٨ واستئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ البلتان ١٠/٥١ ـ ونقض فرنسى (عرائض) ١٠ فبراير سـنه ١٩٢٦ دالوز الاسـبوعى ١٦٢/١٩٣٦ ونقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٦٢ مجموعة المكتب الفنى ٧٣٦/١٠٤/١٤ وفى هـذا الحكم تقرر محكمة النقض المصرية أن « لوكيل العمولة اذا تعاقد لحساب موكله باسم نفسه فان الموكل يبقى أجنبيا عن العقد ولا تنشأ بينه وبين من تعاقد مع الوكيل علاقة قانونية تجيز لأحدهما الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة » .

(٢) يطلق البعض على هذه الوكالة تعبير « النيابة غير المباشرة » (أنظر مثلا عنوان رسالة نيكوليانو التى طبعت سنة ١٩١٢ وأنظر عبد الحى حجازى جـ ٢ ص ٢٢٩ ـ وكاربونييه : نظريـة الالتزامـات باريس ١٩٦٣ ص ٢١٤ وانـظر فى الفقه الانجليزى ستولجار ص ١١ ـ ١٢) وهو تعبير ينطوى على تناقض ظاهر لأن مؤدى النيابة رجوع آثار التصرف على الأصيل مباشرة فلا يسوغ أن توصف بوصف « غير المباشرة » .

١٤٠ ــ قلنا أنه ليس من اللازم أن يذكر النائب عند التعاق اسم الأصيل لكى تعود الى هذا الأخير آثار العقد « فالقاعدة التى تقدمت الاشارة اليها (قاعدة رجوع الآثار الى الأصيل) تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل وهى تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصى رغم حقيقة نيابته متى كان من تعاقد معه يعلم أو كا ينبغى أن يعلم بوجود النيــابة أو كان يستوى عنده أن يتعــامل م الأصيل أو نائبه (١) » وهذا هو الحكم الذى تضمنته المادة ١٠٦ نق عن المادة ٣٢ فقرة ثانية من قانون الالتزامات السويسرى (٢) .

---

(١) المذكرة الايضاحية على المادة ١٠٥ (مادة ١٥٨ من المشرع التمهيدى) .

أنظر نقض مدنى ٢٥ ابريل ١٩٦٣ مجموعة المكتب الفنى ٥٧٩/٨٤/١٤ حيث تقو المحكمة ص ٦٠٥ : « تعامل الوكيل باسمه مع الغير لايغير من علاقته مع موكله فيلتز الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل وكل مافى الأمر أن الوكيل هذه الحالة هو الذى يكون ملزما قبل الغير الذى تعامل معه الا اذا كان من المفروض حتما أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الاص أو النائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذى تعاقد مع الوكيل وبين الموكل هو الح فى الوكالة الظاهرة » . وتقصد المحكمة بهذه العبارة الاخيرة الوكالة الصريحة اى ح تعاقد الوكيل باسم الموكل ولا شأن لهذا الحكم بالوكالة الظاهرة بالمعنى الصح (آنفا بند ١٢٣ وما بعده) فالفرض فى حالات النيابة الظاهرة أن مظهرها متوافر و انتفائها فى الحقيقة أما الفرض هنــا فهو انتفاء مظهر النيابة (لتعامل النائب باس الشخصى) رغم وجود النيابة فى الحقيقة ولهذا كان يستحسن أن لا تستعمل المح عبارة « الوكالة الظاهرة » .

(٢) أنظر نصها فى ملحق الكتاب

وأنظر حكم النقض الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ فى دعوى ينطبق عليها القا المدنى القديم حيث تقرر المحكمة أنه « مادامت المحكمة قد استخلصت استخلاصا سائغا عبارة عقد شراء أرض الكنيسة ومن ظروف الدعوى وملابساتها أن مشترى الأرض ال اقيمت عليها الكنيسة لم يتعاقد باسمه ولمصلحته اذ هو اشتراها من الحكومة بص رئيس طائفة الأقباط الارثوذكس وراعى كنيستها ولم يكن قصده من شرائها منصرفا اضافتها الى ملكه بل هو اشتراها بصفته سالفة الذكر لبناء كنيسة ومدرستين للطا عليها وبذلك لا تكون ملكية الأرض قد دخلت فى ذمته بل تكون انتقلت مباشرة الحكومة الى الطائفة التى يرأســها ــ فلا مخالفة فى ذلك للقانون » مجموعة القو القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما جـ١ ص ٣٦٩ رقم ١٤٦ . وانظر أ نقض ٢٠ يونيو ١٩٦٨ ــ المحاماة ٩٩/٦٤/٥٠ وفيه تقرر المحكمة أن الراهب يعتبر « لقوانين الكنيسة نائبا عن البيعة فى تملكه الأموال وعلى ذلك يكون للراهب الحق فى

وهذه المادة تسوى بين العلم الحقيقى بوجود النيابة وبين العلم المفترض لدى الغير المتعامل مع النائب ولقد كان نص المادة قبل نقر القانون فى مجلس الشيوخ يستعمل عبارة « الا اذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة » مقابل عبارة الأصل السويسرى التى تعنى « الا اذا كان ينبغى على من تعاقد معه النائب أن يستنتج من الظروف وجود النيابة » ولقد لوحظ فى لجنة مجلس الشيوخ أن الترجمة عن الأصل غير دقيقة وبعد مناقشات انتهى الرأى الى الاستعاضة عن عبارة « يستفاد من الظروف » بعبارة « من المفروض حتما » السابق استعمالها فى المادة ١٠٤ وبذلك أصبح النص « الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة » ومدلول هذه العبارة كما سبق أن أوضحنا بصدد المادة ١٠٤ عند كلامنا عن عيوب الارادة والظروف المؤثرة فيها (١) — هو أن يكون جهل الغير المتعامل مع النـائب بوجود النيابة منسوبا الى تقصيره فى تحرى ظروف التعاقد ، ونرى أن هذا المدلول غير بعيد عن مدلول عبارة الأصل السويسرى بل لعل مدلولهما واحد لأن جهل الغير بوجود النيابة فى حـالة ما اذا كان ينبغى عليه أن يستنتج من الظروف وجودها هو بعينه الجهل الناشىء عن تقصير الغير فى تحرى الظروف .

١٤١ — وقد تضمنت المادة ١٠٦ فى آخرها حكما مقتضاه اعمال أثر النيابة حتى مع عدم علم الغير بوجودها — علما حقيقيا أو مفترضا — وذلك متى كان يستوى لديه أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أى متى كان شخص المتعامل معه غير ذى أهمية (٢) .

= أن يتعاقد باسمه أو باسم البيعة التى ينتمى اليها ولا يكون للمتعاقد مع الراهب شأن فى ذلك مادام العقد قد انعقد صحيحا مرتبا لكل آثاره .

(١) أنظر آنفا بند ٣٢ .

(٢) أنظر نقض ٢٨ مايو سنة ١٩٧٠ — مجموعة المكتب الفنى — السنة ٢١ رقم ١٤٩ ص ٩٣٩ حيث قررت المحكمة أن البيع الصادر من شريك على الشيوع عن العقار كله =

والأصل فى العقود المنشئة الالتزامات ــ وخاصة ما كان تنفيذه منها متراخيا ــ أن شخص المتعاقد يكون موضع الاعتبار من المتعاقد الآخر اذ لا يستوى لدى المتعاقد أن يكون دائنا أو مدينا لزيد أو عمرو دون تفريق . وأهمية شخص المتعاقد وان كانت تبرز فى العقود التى يتراخى تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها الى زمن قريب أو بعيد بعد ابرام العقد فانها موجودة أيضا فى العقود التى تنفذ وتنقضى فور ابرامها لأن التنفيذ قد يكون غير تام أو قد يتضح فيه قصور تترتب عليه نتائج قانونية لا يستوى أن تقع فى ذمة هذا أو ذاك بلا تمييز .

ومع صحة الملاحظة المتقدمة فان الحكم الذى تضمنته العبارة الأخيرة فى المادة ١٠٦ لا تعوزه التطبيقات العملية وخاصة فى بيع المنقول وهو ما يحدث كثيرا فى العمل فالمشترى الذى يدخل أحد المحلات لشراء شىء مما تتجر فيه من المتولى عملية البيع يستوى لديه أن يكون البائع له هو صاحب البضاعة أو نائبا عنه والعقد الذى يعقده مثل هذا المشترى ينصرف أثره مباشرة الى صاحب المحل الأصلى ولو كان المشترى يجهل البائع له ليس الا نائبا ويعتقد أنه صاحب الشأن (١) وكثيرا ما يحدث ذلك بالطريق العكسى فالتاجر الذى يبيع فى متجره بضاعة لأحد المشترين يستوى لديه أن يكون ذلك المشترى أصيلا أو نائبا عن غيره ولذلك فتقع آثار العقد فى ذمة الأصيل رأسا ولو كان البائع يجهل أن من اشترى منه نائب ويعتقد أنه هو صاحب الشأن الأصيل . وعلى هذا فاذا ظهرت مثلا فى المبيع عيوب خفية كان

= نافذ فى حق جميع الشركاء متى كان البائع قد صدر له توكيل منهم بالبيع وان كان تعاقده باسمه وحده دون أن يشير الى صفته كوكيل .

(١) من الممكن ادخال هذا المثال فى نطاق الاستثناء الأول الذى أوردته المادة ١٠٦ من قاعدة العلم بالنيابة أى فى العلم المفترض لأن من يدخل محلا تجاريا لشراء شىء منه يفترض فيه أن يعلم ــ أو هو فى غالب الأحوال يعلم فعلا ــ بأن المتعامل معه أى المتولى البيع له ليس صاحب الشأن الأصيل . انظر فى هذا المعنى بوبسكو ــ رامنسيانو ص ٣٩٥ .

للأصيل أن يرجع على البائع ولو أن هذا الأخير لم يكن يعلم بالنيابة عند ابرام العقد وذلك لأنه يستوى لديه أن يتعامل مع النائب أو الأصيل (١) .

١٤٢ ــ وتقدير ما اذا كان يستوى أو لا يستوى لدى المتعاقد أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل يخلص من وقائع الحال وهو أمر متروك للقاضى يستنتجه من تلك الوقائع والظروف فاذا وجد أن للمتعاقد مصلحة فى أن يتعامل مع النائب مثلا وظنه أصيلا لم يوقع القاضى آثار العقد فى ذمة صاحب الشأن الحقيقى ولم يربط بينه وبين المتعاقد ، وان وجد القاضى على العكس ألا مصلحة للمتعاقد فى أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أجرى حكم النيابة وربط بالعقد بين المتعاقد وبين الأصيل مباشرة رغم عدم العلم بالنيابة .

على أنه يصح أن نتساءل عن تقدير تلك المصلحة أهو تقدير موضوعى أم تقدير شخصى ؟ أى هل ينظر القاضى عند وزنه الظروف التى يخلص منها أن يستوى أو لا يستوى تعامل المتعاقد مع النائب أو الأصيل الى ذلك المتعاقد بالذات أو الى المصلحة المجردة التى تكون لأى متعاقد فى تلك الظروف ؟

هنا يختلف مذهب القضاء السويسرى عن مذهب القضاء

---

(١) انظر حكم محكمة السين فى ٩ اكتوبر سنة ١٨٩٦ (سيرى ١٤٩/٢/٩٧) وفيه طبقت المحكمة قواعد النيابة فى قضية هذه وقائعها : قام أحد مندوبى السفريات commis-voyageurs بشحن عدة طرود بالسكة الحديدية فأصاب بعضها التلف ورفع الشخص الذى يعمل لديه الشاحن دعوى على شركة السكة الحديد مطالبا بتعويض الضرر . دفعت الشركة بعدم قبول دعوى رب العمل بحجة أن المندوب هو الذى قام بشحن الطرود وأنها سجلت باسمه هو شخصيا غير أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع وقبلت دعوى المدعى على أساس أن المندوب انما كان نائبا عنه فى عملية الشحن .

قد سارت من زمن على نفس المبدأ فى الحالات المماثلة محكمة النقض الفرنسية . نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٨٩٦ (سيرى ١٨٩/١/٩٧) ونقض فرنسى ٢٢ يونيو سنة ١٩٠٣ (دالوز ٢٤٢/١/١٩٠٤) وأنظر كلاريز ص ١٩٤ ــ ١٩٥ حيث تناول هذه الأحكام بالتعليق .

الألمانى (١) فالأول ينظر الى المسألة نظرة شخصية ويعتد بالمصلحةا لتى قد تكون للمتعاقد بالذات فى التعامل مع النائب أو مع الأصيل ، آما القضاء الألمانى وكذا الفقه فينظر اليها نظرة موضوعية مجردة ويعتد بالمصلحة التى يصح أن تكون للغير عموما فى تلك الظروف (٢) •

ولما كان المشرع المصرى قد استقى المادة ١٠٦ من القانون السويسرى كما تصرح بذلك الأعمال التحضيرية فيصح اذن أن يقال أن المذهب الشخصى فى هذه المسألة هو مذهب القانون المصرى (٣) •

١٤٣ ـ وهناك حالات تقع فى العمل ويخلص من ظروفها بشكل قاطع أن المتعاقد مع النائب لا يعتد بشخص الطرف الآخر ولا توجد له مصلحة فى انصراف أثر العقد الى شخص النائب أو الى شخص الأصيل وهذه هى الحالات التى يحتفظ فيها النائب فى العقد الذى يبرمه مع الغير بحق الكشف عن شخصية الأصيل فى وقت لاحق للتعاقد (٤) •

---

(١) تتضمن المادة ١٦٤ من القانون المدنى الألمانى نفس الحكم الذى تضمنته المادة ٣٢ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٠٦ من القانون المدنى المصرى •

(٢) أنظر بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٣٩٦ وص ٦٤٦ •

(٣) أنظر فى اتباع المعيار الموضوعى : السنهورى فى الوسيط جـ ٧ المجلد الاول ـ بند ٣١١ ص ٦٢٩ حاشية ١ وراجع ما تقدم فى الحاشية بند ٣٢ آنفا •

(٤) وهو ما يطلق عليه فى الفقه الفرنسى بصدد عقود البيع اصطلاح
déclaration de commande
أنظر كلاريز ص ١٩٥ ورواست ص ٢١٧ ـ ٢٢٠ وماداري ص ٢١٨ ـ ٢٢١ وبوبسكو ـ رامنسبانو ص ٢٤٨ ـ ٢٥٠ حيث يقرر هؤلاء المؤلفون اجماع الفقه الحديث على اعتبار هذا الوضع (الذى كان معروفا من أيام القانون الفرنسى القديم) صورة من صور النيابة خلافا لبعض المؤلفين المتقدمين الذين كانوا يرون فيه نظاما قائما بذاته ومنهم ...كو : رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ •

Foucault : De la vente avec déclaration de commande en droit français, Thès[e] Paris, 1893.

وأنظر فى البيع مع التقرير بالشراء عن الغير : الهلالى حامد زكى فى البيع بند ٥٠ـ٥٥ وانظر فى عدم تعيين شخص الاصيل وقت التعاقد : السنهورى فى نظرية العقد ٢١١ حيث نجد من أمثلة هذه الصورة من صور النيابة « التأمين لصالح من سيكون =

فاذا قرر النائب أنه يتعاقد بوصفه نائبا ولم يكشف عند التعاقد عن شخصية الأصـيل أو اشترط المتعاقد أن يكون له الحـق فى أن يفصح فى ميعاد معين عن اسم شـخص آخر ترجع اليه آثار العقد وقبل الغير المتعقد معه هذا الوضع ففى هذا القبول تسليم من المتعاقد بأن شخص الطرف الآخر غير ذى أهمية لديه واذن فرغم عدم التصريح فى العقد باسم الأصيل بل ورغم عدم وجود ظروف تدل عليه يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر مثل هذا العقد الى الأصـيل دون النائب لأن نية النائب قد انصرفت الى عدم الارتباط شخصيا كما أن نية الغير المتعاقد قد انصرفت كذلك الى عدم الارتبـاط مع النائب وانما مع الأصيل الذى يحدده النائب فيما بعد ٠

١٤٤ ـ على أن النيابة فى هذا النوع من العقود تتحقق فقط فى الحالة التى يكشف فيهـا المتعـاقد عن شخص الأصيل فى المهلة الاتفـاقية أو المعقولة أما اذا انقضت تلك المهلة دون أن يحدث ذلك فالعقد يعتبر مبرما بين المتعاقد الذى احتفظ بحق الكشف عن شخص الأصيل وبين من تعاقد معه وعلى ذلك فيصح القول بأن مثل هـذا المتعاقد يعتبر نائبا بشرط واقف هو الكشف عن الأصـيل فى المهلة ومتعاقدا باسمه ولحساب نفسه بشرط واقف كذلك هو انقضاء المهلة دون الكشف عن شخصية صاحب الشأن ٠

هذا وقد قررت محكمة النقض فى حكم لها تناولت فيـه عقد

= ذا شأن assurance pour le compte de qui il appartiendra والأرجح أن هذا النوع من التامين لا ينطوى على نيابة وانما هو من صور الاشتراط لمصلحة الغير اذ أن المؤمن له يظل دائما مرتبطا بعقده مع شركة التامين كما يصح أن يكون المستفيد هو المؤمن له شخصيا لا غيره ٠ أنظر تفصيل ذلك : ماداري ص ٢١٥ ـ ٢١٨ ورواسـت ص ٦٦ ٠ وانظر من الرأى العكسى الذى اختاره السنهورى بوبسكو ـ رامنسيانو ص ٢٥٢ وبيلون ص ١١٧ وما بعدها ٠

البيع الذى يحتفظ فيه المشترى بحق الافصاح عن اسم شخص آخر نرجع اليه آثار العقد ما يلى (١) :

« ان تكييف العلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة الى الغير غير جار على اطلاقه فان بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا ــ فاسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه الى المشترى الظاهر قبل البيع وبقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ــ وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ــ كلها تخالف أحكام الوكالة تماما .

« ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير اسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الأول ــ وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير ــ الى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير الا ن ذلك ليس الا مجازا مقصورا على حالة ما اذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع أما قبل ذلك أو اذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة » ..

ويبدو من هذا الذى قررته محكمة النقض المصرية أنها تذهب الى الرأى الذى يعتبر الشراء مع حفظ الحق فى اختيار الغير نظاما مستقلا قائما بذاته وهو الرأى القديم الذى عدل عنه الفقه (راجع

---

(١) نقض ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض (دار النشر للجامعات المصرية) السنة الأولى رقم ٩٨ ص ٣١٥ .

حاشية البند ١٤٣) ولا يسعنا أن تتمشي مع هذا الحكم فيما اعتبره تنافرا بين أحكام الشراء مع حفظ الحق فى اختيار الغير وبين أحكام الوكالة من حيث «اسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الأول» فهذا الأثر هو خصيصة النيابة التى لا تنفك عنها اذ أن رجوع آثار العقد الى الأصيل مباشرة دون النائب هو أهم آثار النيابة ، أما ما أشارت اليه المحكمة من « عدم وجود تفويض أو توكيل منه (أى المشترى المستتر أو الأصيل) الى المشترى الظاهر قبل البيع » فغير مسلم لأن العلاقة بين المتعاقد مع حفظ الحق فى اختيار الغير وبين هذا الغير لا تخرج عن أن تكون علاقة وكالة أو علاقة فضالة وهى على الحالين صورة من صور النيابة اذ لا سبيل الى الزام المشترى المستتر آثار العقد الذى عقده المشترى الظاهر بغير ذلك .

أما عن وجه التنافر الثانى الذى تشير اليه محكمة النقض بين أحكام هذا النوع من البيوع وبين أحكام الوكالة وهو « بقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا أعمنه بعد الميعاد المتفق عليه » فلا تنافر هنا فى الواقع اذ أن اعتبار هذا النوع من البيوع من تطبيقات النيابة مشروط بشرط اعمال الحق فى اختيار الغير فحيث لا يستعمل المتعاقد هذا الحق فلا نيابة . وبعبارة أخرى أن النيابة هنا موقوفة على شرط استعمال الحق فى اختيار الغير فى الموعد المتفق عليه فاذا حدد المتعاقد شخص صاحب الشأن تحقق الشرط وأصبحنا أمام حالة عادية من حالات النيابة بكل أحكامها وآثارها أما اذا لم يستعمل المتعاقد هذا الحق تخلف شرط النيابة وأصبحنا أمام عقد بيع معقود بطريق الاصالة يرتبط به البائع والمشترى الظاهر الذى يصبح فى هذه الصورة صاحب الشأن الوحيد. وهذا التصوير للشراء مع حفظ الحق فى اختيار الغير بأنه يتضمن

نيابة موقوفة على شرط تصوير يتفق مع الواقع ولا حاجة معه الى القول بالافتراض أو المجاز المقصور على حالة ما اذا أعمل المشترى حقه فى اختيــار الغير كما ذهبت اليه أسـباب هذا الحكم ، اذ لا افتراض هنا وانما نيابة بمعنى الكلمة أما الفرض الآخر وهو فرض عدم استعمال الحق فى اختيار الغير ففيه لا تتحقق النيــابة لتخلف شرطها ونكون أمام بيع معقود بطريق الاصالة أى أن النيابة لا تنشأ أصلا فلا محل للقول بأن « الافتــراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة » (١) •

وفى حالات تعــاقد النائب بوصــفه نائبا دون أن يكشف عن شخصية الأصيل عند التعــاقد وحالة اشتراط المتعاقد أن يكون له الحــق فى أن يفصــح فى ميعاد معين عن اسم شــخص آخر ترجع اليه آثار العقد نجد أنه رغم عدم التصريح باسم الأصيل ورغم عدم وجود ظروف تدل عليه يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر مثل هــذا العقد رأسا ومن وقت ابرام العقد الى الأصيل دون النائب متى كشــف المتعاقد عن شخص هذا الأصيل فى الميعاد وذلك لأن نية النائب قد انصرفت الى عدم الارتباط شخصيا كما أن نية الغير المتعاقد معه قد انصرفت كذلك الى عدم الارتباط مع النائب وانما مع الأصيل الذى سيحدده النائب فيما بعد •

وفائدة هذا النظام العملية واضحة من حيث أنه يسمح بابرام عقود لحساب أشخاص قد تكون لهم مصلحة فى التجهيل بأشخاصهم عند التعاقد وبذلك يحقق هذا النظام مزايا نظام الاسم المستعار دون أن يصطحب ذلك بضرورة نقل آثار العقد من الاسم المســتعار الى صاحب الشأن بتصرف جديد كما هو الشأن فى حالات تعاقد الوكيل

---

(١) محكمة النقض مستمرة فى استعمال هذا التعبير • أنظر نقض مدنى ١١ يناير ١٩٧٢ ـ مجموعة المكتب الفنى ٧٣/١٤/٢٤ •

باسم نفسه اذا لم يحتفظ فى العقد بالحق فى الكشف عن شـخص صاحب الشأن ٠

ومن النتائج العملية لاعتبار هذا النوع من العقود من تطبيقات النيابة أنه لا يستحق على التصرفات العقارية الا رسم شهر واحد اذ أن الكشف عن شخصية الأصيل ليس تصرفا جديدا كما أن المشترى الأول فى هذه الصورة ليس الا نائبا لا ترجع اليه آثار العقد .

١٤٥ ــ ومن حالات النيابة التى يصح ألا يكون فيها شخص الأصيل معينا حالة الفضالة حين تكون لدى الفضـولى نية العمل لحساب شخص معين فاذا به يعمل لحسـاب شخص آخر ، ذلك أن المقرر بصدد الفضالة انه يكفى لايقاع حكم النيابة ــ برجوع آثار تصرف الفضولى الى رب العمل مباشرة ــ أن تكون لدى الفضولى نية العمل لحساب الغير مطلقا دون اشتراط نية العمل لحساب شخص معين وعلى ذلك فلا يهم أن يخطىء الفضولى فى شخص من يعتقد أنه رب العمل وتقع آثار تصرفه مع ذلك فى ذمة رب العمل الحقيقى كما تصرح بذلك المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى (١) ٠

١٤٦ ــ كما أنه لا يوجد ما يمنع من التعـاقد باسـم شخص مستقبل بحيث لا تقع آثار التصرف الا فى ذمة ذلك الشـخص عند وجوده ٠ ومثال ذلك تصرفات المؤسسين لشركة المساهمة فان العقود التى يعقدها هؤلاء المؤسسون مع الغير فى كل ما يتصل بانشاء الشركة أو بمباشرة نشاطها تلزم شركة المساهمة بمجرد تمام اجراءات انشائها ويعتبر المؤسسون فى التصرفات التى عقدوها مع الغير قبل التأسيس نائبين عن شركة المساهمة التى لم تكن موجودة وقت التعاقد ٠

---

(١) المذكرة الايضـاحية على المادة ١٩٠ ــ مجموعـة الأعمال التحضـيرية جـ ٢ ص ٤٧١ ــ ٤٧٢ وأنظر السنهورى : الوسيط جـ ١ بند ٨٧١ ٠

١٤٧ — وليس فى تجهيل شخص الأصيل ما يصح أن يكون محل اعتراض من الوجهة النظرية فان القانون يقر أوضاعا أخرى يكون فيها أحد عناصر العقد مجهولا الى حين فمن ذلك ما نصت عليه المادة ١٥٦ من القانون المدنى المصرى :

« يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا « مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم « يعينا وقت العقد .. » فتجهيل شخص المنتفع وقت التعاقد لا يمنع من صحة الاشتراط لمصلحته ما دام تعيينه مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره .

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٢٧٥ من القانون المدنى المصرى الخاصة بالالتزام التخييرى :

« يكون الالتزام تخييريا اذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة اذا أدى واحدا منها ..... » فهنا نجد أن محل الالتزام غير معين وقت التعاقد وانما يتعين فيما بعد عند تنفيذه من جانب الملتزم .

فاذا ساغ تجهيل محل الالتزام وهو عنصر هام من عناصره فلا غرابة فى تجهيل شخص الملتزم الى حين كشف النائب عنه فى وقت لا حق للتعاقد .

١٤٨ — على أن تجهيل شخص الأصيل لا يصح الا أن يكون مؤقتا لأن فى دوام تجهيله ما لا يتفق ولزوم استكمال العقد لطرفيه اللذين تقع فى ذمتهما آثاره كما أن فى استمرار تجهيل شخص الأصيل طوال المدة التى يستغرقها تنفيذ العقد مساسا بما ينبغى أن يتوفر للطرف الآخر من اطمئنان الى العقد وهو أمر لا يتفق واستقرار المعاملات . لهذا كان لابد من الكشف عن شخصية الأصيل فى فترة

معقولة بعد ابرام العقد والغالب الأعم أن يحدد المتعاقدان (النائب والغير المتعاقد معه) هذه الفترة صراحة فى العقد • وقد يحـددها القانون نفسه كما فى المادة ٤٤٤ من قانون المرافعـات المصرى (١) (المقابلة للمادة ٦٧٠ من القانون القديم) التى تنص على أنه : « يجوز لمن حكم بايقاع البيع عليه أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين•• »

ومقتضى هذا النص أن البيوع القضـائية فى القانون المصرى تكون دائما مقترنة بحق الكشف عن الأصـيل أو ما يسـمى بحق اختيار الغير وذلك بغير حـاجة الى النص على ذلك فى قائمة شروط البيع •

---

(١) رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ •

الفصل الأول

أثر النيابة بالنسبة للأصيل

١٤٩ ــ ان انصراف آثار تصرف النائب الى الأصيل مباشرة لهو جوهر نظـام النيابة وحول هـــذه النقطة تتركز مشكلة الطبيعة القانونية للنيابة كما يدور حولها كل البحث الرامى الى شرح قاعدة النيابة وتفسير كيفية عملها على صرف آثار تصرف العاقد الى شخص غيره لم يشترك فى ابرام التصرف على ما سبق لنا الكلام فيه تفصيلا فى الكتاب الأول .

١٥٠ ــ نصت المادة ١٠٥ من القانون المدنى المصرى (١) على أثر النيابة بالنسبة للأصيل وتضمن نصها الشروط الثلاثة التى تتحقق بها النيابة ويتم باجتماعها انصراف آثار التصرف الى الأصيل وهى :

١ ــ أن يستعمل النائب ارادته الخاصة فى ابرام التصرف (« اذا أبرم النائب .. »)

(١) وتقابلها فى القانون المدنى السورى المادة ١٠٦ وفى القانون المدنى الليبى المادة ١٠٥ وفى قانون الوكالة السودانى المادتان ٣٢ و ٣٣ وفى مجلة الالتزامات والعقود التونسـية الفصل ١١٤٩ وفى القـانون المدنى الجزائرى المادة ٧٤ وفى القـانون المدنى الأردنى المادة ١١٢ .

٢ ـ أن يكون التصرف داخلا فى حدود المكنة المخولة للنائب (« .. فى حدود نيابته .. »)

٣ ـ أن يتعاقد النائب باسم الأصيل (« .. عقدا باسم الأصيل .. »)

وقد وفينا كل شرط من هذه الشروط حقه من الكلام فى موضعه المنطقى تبعا لخطة البحث بحيث لا نرى داعيا الى الرجوع الى ذلك الآن ولا الى تناول هذه الشروط بطريقة تقريرية لا تتفق وطبيعة مثل هذه الدراسة . ويكفينا الآن أن نقول ان آثار التصرف الذى يعقده النائب فى حدود نيابته باسم الأصيل تقع فى ذمة الأصيل مباشرة فيضاف اليها ما يترتب على التصرف من حقوق كما تتحمل بما ينشئه ذلك التصرف من التزامات بدون أن يكون للنائب أى شأن بذلك كله .

ومن تطبيقات هذا المبدأ ـ مبدأ رجوع آثار التصرف كلها الى الأصيل دون النائب ـ ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن « تاريخ الورقة الموقعة من الوكيل حجة على الأصيل وعلى وارثه لأنه ليس من الغير وكذلك الوارث لكون خلفا عاما لمورثه » (١)

وهكذا نرى أنه « اذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق باتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع الى شخص الأصيل وحده عند تعيين مصير آثاره فالأصيل دون النائب هو الذى يعتبر طرفا فى التعاقد واليه تنصرف جميع آثاره فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرزه القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة » (٢) .

---

(١) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٧٤ ـ مجموعة المكتب الفنى ٣٦/٩٦/٢٥ .

(٢) المذكرة الايضاحية على المادة ١٠٥ (المادة ١٠٨ من المشروع التمهيدى) .

١٥١ ـ وفقهاء الشريعة الاسـلامية بمذاهبها المتعددة مجمعون على هذا الأثر المباشر للنيابة فعندهم أن تصرف النائب تقع آثاره مباشرة للأصيل وعليه ، على أن الفقهاء يفرقون فى آثار التصرف بين ما يسمونه حكم العقد وما يسمونه حقوقه والمراد بحكم العقد هنا الأثر المترتب على العقد الذى يثبت لكل من العاقدين قبل الآخر مثل ثبوت ملكية المبيع للمشترى ودخول الثمن فى ذمة البائع ، والمقصود بحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ حكم العقد والتمكين لكل من العاقدين مما أمضاه له العقد مثل تسلم المبيع وقبض الثمن والرد بخيار العيب وضمان رد الثمن اذا تبين أن البيع لم يكن ملكا للبائع الى غير ذلك • (١)

فالمذاهب الأربعة مجمعة على ثبوت حـكم العقد وحقـوقه معا للأصيل دون النائب فى جميع الحالات التى يصرح فيها النائب بأنه انما يتعاقد بتلك الصفة أى حين يتم التعاقد « باسم الأصيل » ويتوفر العلم بالنيابة فى النائب والغير باصطلاح الفقه الحديث وهذا هو عين الحكم فى القوانين الحديثة •

---

(١) أنظر فى التمييز بين حكم العقد وحقوقه وحيد الدين سوار : التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى ـ القاهرة ١٩٦٠ البندين ٥٧٠ ـ ٥٧١ والمراجع المشار اليها ثمة • وانظر أيضا وهبة الزجيلى : الفقه الاسلامى فى أسـلوبه الجديد جـ ٢ دمشق ١٩٦٨ ص ١٠٥ ـ ولو أن المؤلف لم يستظهر بشكل واضح الأثر المباشر للنيابة فى الفقه الحنفى اتباعا لظاهر التفرقة بين العقود التى يستغنى عن اضافتها الى الأصيل وتلك التى لا يسـتغنى عن اضافتهـا اليه ولم يبرز أن الأثر المباشر يتحقق حتى فى الطائفة الأولى من العقود مع أنه أشار الى القاعدة فى هذا الشأن اشارة عابرة اذ قال ص ١٠٦ : وكذلك ترجع حقوق العقد للموكل اذا أضاف الوكيل العقد الى الموكل • أنظر ما يلى فى هـذا البند وما بعـده وأنظر فى هذا الموضـوع أيضا محمد رضـا عبد الجبار العانى : « الوكالة فى الشريعة والقانون » بغداد ١٩٧٥ البنود ٤٣٩ ـ ٤٨٥ •

وقد تبنى القانون المدنى الأردنى الجديد هذه التفرقة بين حكم العقد وحقوقه وذلك فى المادة ١١٣ منه ونصها : « اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسمه فان حكم العقد يرجع الى الأصيل وتنصرف حقوق العقد الى النائب الا اذا كان العاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فترجع الحقوق الى الأصيل » •

وفى هذا المعنى نجد فى حاشية ابن عابدين (١) قوله :

« ولو أضاف (الوكيل) العقد الى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقا » .

ويقول صاحب « المغنى » :

« اذا اشترى الوكيل لموكله شيئا باذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل وبهذا قال الشافعى .. (لأنه) قبل عقدا لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك اليه كالأب والوصى وكما لو تزوج له .. ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذميا فى شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء .. واذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل فى الثمن » (٢) .

كما نقرأ فى « المدونة الكبرى » للامام مالك بن أنس :

« قلت أرأيت لو أنى اشتريت سلعة من رجل لفلان فأخبرته أنى انما اشتريتها لفلان ولست اشتريها لنفسى أيكون للبائع أن يتبع هذا المشترى بالثمن أم يتبع الذى اشترى له ؟ .. قال — ان لم يكن هذا اشترى لولده الصغير مثلا وهو فى ولايته بعين مال نفسه وسمى الولد هذا المشترى .. فان قال له النقد على الذى اشترى له وليس لك على شىء فهذا لا يتبعه البائع بالنقد ويكون النقد للبائع على الذى أمر هذا بالشراء . قلت : أتحفظه عن مالك بن أنس ؟ قال : هو قوله ، قلت : أرأيت القاضى اذا باع أموال اليتامى أو باع مال رجل مفلس فى دين أو باع مال ميت وورثته غيب على من العهدة ؟ قال : قال مالك فى الوصى أنه لا عهدة عليه فكذلك القاضى لا عهدة عليه . قلت : فعلى

---

(١) ج ٤ ص ٤١٩ .

(٢) المغنى لابن قدامة وعليه الشرح الكبير — مصر سنة ١٣٤٧ ج ٥ ص ٢٦٣ — ٢٦٤ .

من عهـدة المشترى اذا بـاع الوصى تركة الميت ؟ قـال : فى مـال اليتامى » (١) •

وقال فى حاشية الغرر البهية :

« لو اشترى بمال نفسه لغيره باذنه وقع الشراء للغير ان سماه فى العقد » (٢) •

وفى فتاوى الرملى نجد ما يلى :

« (سئل) رضى الله عنه عمن اشترى لولده الصـغير بعين مال نفسه وسمى الولد فى العقد هل ينعقد للولد أم لا (فأجاب) بانه اذا اشترى لولده الصغير مثلا وهو فى ولايته بعين مال نفسه وسمى الولد فى العقد فان العقد يقع للولد لا لوالده » (٣) •

أما الحالات التى لا يصرح فيهـا النائب بأنه يتعاقد بتلك الصفة فحولها خلاف بين الفقهاء الشرعيين وقبل أن نستعرض هـذا الخلاف يهمنا أن نشير مرة أخرى الى أنه لا يتعلق بالنيابة كما تعرفها القوانين الحديثة لانتفاء التصرف باسم الأصيل فى هذه الحالات وانما يتعلق هذا الخـلاف بصور لا تعتبر داخلة فى نطاق النيابة بمدلولها الحديث اذ نرجع كلها الى حالات وكالة لا نيابة فيها (٤) •

---

(١) المدونة الكبرى ـ مصر سنة ١٣٢٣ ج ١٠ ص ١٨٦ •
وانظر ص ١٨٥ « ان كان حين باعها قال انما أبيع لفلان فلا أرى على المأمور شيئا والعهدة على الآمر » •

(٢) ج ٣ ص ١٨٩ • وانظر منهـاج الطـالبين ج ٢ ص ٦٥ حيث يصرح بوقوع آثار العقد للوكيل اذا لم يسم الموكل أى اذا لم يكن التعاقد باسم الأصيل • ومفهوم المخالفة من هذه العبارة وقوع الآثار للأصيل كلما حصل التعاقد باسمه •

(٣) على هامش الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ج٢ ص ٢٠٩ •

(٤) قارن ما نقوله هنا عن أثر النيابة فى الشريعة الاسلامية ومسألة حكم العقد وحقوقه بما قاله عنها الأساتذة : أحمد أبو الفتح ـ المعاملات فى الشريعة الاسلامية ج٢ ص ٥٨١ ـ ٥٨٢ والسنهورى نظرية العقد ـ حاشية بنه ٢٠١ ص ٢٠٩ ـ ٢١٠ =

يقول الحنفية ان حقوق العقد فى الحالات التى لا يصرح فيها النائب بانه يتعاقد باسم الاصيل ترجع الى النائب بينما يثبت حكم العقد (كالملك مثلا) للأصيل وفى هذا نجد فى تكملة شرح فتح القدير (١) قوله :

= وأحمد ابراهيم ـ أحكام التصرف عن الغير ـ القاهرة ١٩٤١ ص ٢٠٢ ـ ٢٠٨ ، ومحمد أبو زهرة ـ الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ـ بند ٢١٠ ص ٣٣٤ ـ ٣٣٩ ، وشفيق شحاته ـ نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية ـ فى « مجلة العلوم القانونية والاقتصادية » التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس ـ السنة الأولى (١٩٥٩) ص ٣٠٥ ـ ٣٦٢ . وقد اقتصر بحث الأستاذ الدكتور شحاتة على المذهب الحنفى كما أن النصوص العديدة التى أوردها فى استعراضه أحكام النيابة فى مختلف العقود تكاد كلها تخص الصور التى يتعاقد فيها الوكيل باسم نفسه ـ أى ينتفى فيها شرط التعاقد باسم الأصيل وبالتالى تنتفى النيابة بمفهومها الحديث ـ ويبدو أن هذا هو السبب فى أن المؤلف حين انتقل فى ختام البحث من الاستقراء الى الاستنتاج أشار الى ما سماه « مبدأ اللانيابة » « وظاهرة اللانيابة فى التشريع الاسلامى » (ص ٣٥٩) ، كما أشار الى الوسائل الفقهية التى يرى أن فقهاء الحنفية تذرعوا بها لادخال فكرة النيابة فى مختلف العقود حتى « انتهوا الى تقبل رجوع حقوق العقد كلها الى الأصيل لمجرد اضافة العقد اليه » . والواقع أنه بغير اضافة العقد الى الأصيل (أى بغير التعاقد باسم الأصيل) لا تكون لدينا نيابة ليس فقط فى الفقه الحنفى هى « مبدأ اللانيابة » وان اقرار الأثر المباشر للنيابة جاء عن طريق حيل شرعية ووسائل فقهية ، بل ان الأثر المباشر للنيابة مقرر لدى الحنفية كمبدأ عام ـ وبغير التجاء الى مافى جعبة الصنعة الفقهية من وسائل وحيل ـ فى كل الصور التى تقر فيها القوانين الحديثة ذلك الأثر المباشر . وعلى ذلك فاذا صح ما يقوله المؤلف من أن « الفقه الحنفى قد أخذ بمبدأ النيابة بحذر » (ص ٣٦٢) فانما يصح ذلك بالقياس الى المذاهب الاسلامية الأخرى وخاصة المالكية والحنابلة لا على الاطلاق أو بالقياس الى القوانين الحديثة . ونحن قد اتضح لنا فيما تقدم ـ وسيزداد وضوحا من بعد ـ أن المذهب الحنفى أن يكن أضيق المذاهب الاسلامية فى اقرار الأثر المباشر للنيابة ، الا أنه يقر ذلك الأثر المباشر كقاعدة عامة فى كل الصور التى يتم فيها التعاقد باسم الأصيل فيطابق بذلك حكم القوانين الحديثة ذات الأصل اللاتينى أو الجرمانى ، ثم أنه يجاوزها بالنسبة لأهم آثار العقد وهو ما يسمونه حكم العقد فيوقعه فى ذمة الأصيل ـ كقاعدة عامة أيضا ـ حتى فى الحالات التى لا يتم فيها التعاقد باسم الأصيل وذلك فى الطائفة من العقود التى تقبل ذلك بطبيعتها وبغير مساس بما ينبغى أن يتوفر للغير المتعامل مع النائب من ثقة واطمئنان . أما المذاهب الاسلامية الأخرى فقد ذهبت بالأثر المباشر للنيابة الى أبعد من ذلك فاقتربت كثيرا من أحكام القانون الأنجلو ـ أمريكى على التفصيل الذى سنراه .

(١) جـ ٦ ص ١٦ ـ ١٩ .

« العقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين (الأول) كل عقـد يضـيفه الوكيل الى نفسه أى تصح اضـافته الى نفسه ويستغنى عن اضافته الى الموكل كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل. وقال الشافعى رحمه الله تتعلق بالموكل وبه قال مالك وأحمد لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه . ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته بكونه آدميا له أهلية الايجاب والاستيجاب لا بكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء . وفى الكافى فقضيته تسـتدعى أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم جعلنـاه نائبا فى حق الحكم وراعينـا الأصل فى الحقوق . ولهذا قال : يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن ويطـالب بالثمن اذا اشـترى ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه أى عن الوكيل . وتحقيق المسألة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل ولو أثبتناها للموكل بطل عبارة الوكيل فأثبتنا الملك للموكل لأنـه الغرض من التوكيل ، فتعين الحقوق للوكيل ، و « الضرب الثانى » كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل» .

وورد مثل ذلك فى « بدائع الصنائع » للكاسانى (١) .

وهكذا ينسب الحنفية فى كتبهم الى الشافعى ومالك وأحمد بن حنبل رأيا واحدا فى هذا الصـدد يغاير راى الحنفية فهؤلاء يرون أن

(١) جـ ٦ ص ٣٣ ـ ٣٤ .

حقوق العقد الذى لا يضيفه الوكيل الى موكله ترجع الى الـوكيل وينسبون الى الشافعى ومالك وأحمد ارجاع حقوق العقد حتى فى تلك الصورة الى الموكل دون الوكيل .

على أن الاطلاع على كتب الشافعية يتضح منه أن القول الذى ينسبه اليهم الحنفية ليس الا قولا مرجوحا عندهم (١) وأما الرأى الذى عليه المعول فى المذهب الشافعى فهو أن حقوق العقد الذى لا يضاف الى الموكل ترجع الى الوكيل دون المـوكل اذ نجد فى مختصر المزنى صاحب الشافعى ـ وهو من أقدم كتب المذهب ـ قوله :

« ولو وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيبا كان له الرد بالعيب وليس عليه أن يحلف : ما رضى به الآمر . وكذلك المقارض وهو قول الشافعى ومعناه . (قال) وللوكيل والمقارض أن يردا ما اشتريا بالعيب وليس للبائع أن يحلفهما : ما رضى رب المال » (٢) . كما نجد فى متن البهجة الوردية :

وحكم عقد بالوكيل يشـكل

وهـو بعزل واحـد ينعزل

ويقول صاحب « الغرر البهية » فى شرح صـدر هذا البيت من أرجوزة ابن الوردى :

« (يشـكل) بالبنـاء للمفعول من شكلت الكتاب اذا قيدته بالاعراب وأحكام العقد (٣) من رؤية وتفرق وشرط خيار وغيرها تقيد وتعلق بالوكيل دون الموكل لأنه العاقد حقيقة وله أن يفسخ بخيار المجلس وان أجاز الموكل » .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٨ .

(٢) على هامش كتاب الأم ج ٣ ص ٩ ـ ١٠

(٣) المقصود بأحكام العقد هنا ـ كما هو ظاهر ـ ما يطلق الحنفية عليه اصطلاح « حقوق العقد » .

هذا عن حقوق العقد أما عن حكمه حتى فى حالة عدم اضـافة العقد الى الموكل فان « الملك فيما يشتريه الوكيل لا يثبت له أولا ثم ينتقل لموكله بل يثبت لموكله ابتداء على الأصح كما فى شراء الأب لطفله ولأنه لو ثبت له ابتداء عتق عليه أبوه اذا اشتراه لموكله » (١)٠

كما نجد فى تحفة الحبيب(٢) قوله :

« أحكام (٣) عقد الوكيل كرؤية المبيع ومفارقة مجلس وتقابض فيه تتعلق به لا بالموكل لأنه العاقد حقيقة وللبائع مطالبة الوكيل كالموكل بثمن ان قبضه من الموكل سـواء اشترى بعينه أم فى الذمة فان لم يقبضه منه لم يطالبه ان كان الثمن معينا لأنه ليس بيده وان كان فى الذمة طالبه به ان لم يعترف بوكالته بأن أنكرها أو قال لا أعرفها فان اعترف بها طالب كل منهما به والوكيل كضامن والموكل كأصيل » ٠

وفى منهاج الطالبين (٤) :

« الوكيل بالبيع له قبض الثمن وتسـليم المبيع ولا يسـلمه حتى يقبض الثمن فان خالف ضمن » ٠٠

وفى المنهاج أيضا (٥) :

« واذا قبض الوكيل بالبيع الثمن وتلف فى يده وخـرج المبيع مستحقا رجع عليه المشترى وان اعترف بوكالته فى الأصـح ثم يرجع الوكيل على الموكل قلت وللمشترى الرجـوع على الموكل ابتداء فى الأصح والله أعلم » :

---

(١) « الغرر البهية » ج ٣ ص ١٩١ ــ وفى العبارة الأخيرة الخاصة بحكم العقد وجه خلاف بين الشافعية وبين الحنفية الذين يقولون فى هذه الصورة بثبوت الملك للموكل بالخلافة عن الوكيل ــ قارن ما نقلناه آنفا عن شرح فتح القدير ٠

(٢) جـ٣ ص ١٣٦ ٠

(٣) راجع هامش ٣ بالصفحة السابقة ٠

(٤) جـ ٢ ص ٦١ ٠

(٥) ص ٦٦ ــ ٦٧ ٠

ويقول الشيرازى فى « المهذب » (١) :

« فان وكله فى الشراء ولم يدفع اليه الثمن فاشتراه ففى الثمن ثلاثة أوجــه أحدهما أنه على الموكل ، والوكيل ضــامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه • فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل ، لأن أحدهمـــا ضامن والآخر مضمون عنه • فان وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل وان وزن الموكل لم يرجع على الوكيل و (الثــانى) أن الثمن عــلى الوكيل دون الموكل ، لأن الذى التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه • فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل لأن الثمن عليه • ولا يجوز مطالبة الموكل لأنه لا شىء عليه • فان وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم باذنه وان لم يزن لم يرجع كما تقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه اذا وزن رجع واذا لم يزن لم يرجع ، وان أبرأ البــائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن • و (الثالث) أن الثمن على الوكيل ، وللوكيل فى ذمة الموكل مثل الثمن ، فيجــوز للبائع مطالبــة الوكيل دون الموكل ، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وان لم يطالبه البائع » •

وأخيرا نجد فى « نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (٢) » :

« وأحــكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل فيعتبر فى الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقــابض فى المجلس حيث يشــترط كالربوى والسلم الوكيل لأنه العاقد دون الموكل فله الفسخ بخيارى المجلس والشرط وان أجاز الموكل بخلاف خيار العيب (اذ) لا رد للوكيل اذا رضى الموكل لأنه لرفع الضرر عن المالك وليس منوطا باسم المتعاقدين

---

(١) جـ ١ ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤ •
(٢) جـ ٥ ص ٣٧ •

كما نيط به فى الفسخ بخيار المجلس بخبر « البيعـان بالخيار ما لم يتفرقا » وبخيـار الشرط بالقياس على خيار المجلس . واذا اشترى الوكيل طالبه البـائع بالثمن ان كان دفعه اليه الموكل للعرف سـواء اشترى بعينه أم فى الذمة ولتعلق أحكام العقد بالوكيل ، وله مطالبة الموكل أيضا على المذهب ... وان كان الثمن فى الذمة طالبه به دون الموكل ان أنكر وكالته أو قال لا أعلمها لأن الظاهر أنه يشترى لنفسه وأن العقد وقع معه . وان اعترف بها (أى بالوكالة) طالبه به (أى بالثمن) أيضا فى الأصح كما يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن لمباشرته العقد والموكل كأصيل لأنه المالك » .

وفى العبارة الأخيرة الدليل البين على أن هذا البحث كله يقتصر على الحالات التى يباشر فيها الوكيل العقد باسمه لا باسم الموكل أى الحالات التى تنتفى فيها النيابة بالاصطلاح الحديث وذلك لأن انكار البائع المتعامل مع الوكيل لوكالته أو قوله لا أعرفها لا يتصور الا فى حالة تعاقد الوكيل باسم نفسه لا باسم موكله وهنا فقط يصح القول بأن « الظاهر أنه يشترى لنفسه » ففى هذه الصـورة اذا انكشفت شخصية الموكل للبائع فيما بعد كان له ــ عند الشافعية ــ الخيار بين مطالبة الموكل وبين مطالبة الوكيل وعدم الاعتداد بصفته تلك التى لم تكن معروفة له وقت التعاقد .

١٥٢ ــ وخلاصة استعراض أقوال الشافعية فى كتبهم أن القول الذى ينسـبه اليهم الحنفية ليس هـو المعول عليه فى المذهب بل ان الشافعية يوافقون الحنفية فى أن حقوق العقد الذى لا يضـاف الى الموكل تكون للوكيل دون الموكل (١) .

---

(١) وقد استخلص من كتب الشافعية فى هذه المسألة عين الذى استخلصناه هنا كلا من الدكتور محمد يوسف موسى : « الفقه الاسلامى ، مدخل لدراسـته ونظام المعاملات فيه » ــ القاهرة ١٩٥٤ بند ٥٦١ ص ٣٨٧ ، والأسـتاذ مصطفى شـلبى =

وعلى ذلك ينفرد بالخـــلاف فى هذه النقطة المالكية والحنابلة فعندهم أن حقوق العقد شأنها شأن حكم العقد ترجع كلها الى الموكل سواء سماه الوكيل أو لم يسمه أى سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أو الى موكله ، وفى هذا يقول ابن قدامة فى « المغنى » (١) :

« ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به وانما تتعلق بالموكل وهى تسليم الثمن وقبض المبيــع والرد بالعيب وضـــمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان فى الذمة فانه يثبت فى ذمة الموكل أصـــلا وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن » .

وكذلك نجد فى « كشاف القناع (٢) » :

« (وحقوق العقد) كتسليم الثمن وقبض المبيع وضمان الدرك

= «نظام المعاملات فى الفقه الاسلامى» ـ الاسكندرية ١٩٥٥ ـ ص ٣٤٥ ـ ٣٤٦ والدكتور وهبة الزحيلى : « الفقه الاسلامى فى أسلوبه الجديد » جـ ٢ دمشق ١٩٦٨ ص ١٠٦ ـ ١٠٧ ، ومحمد رضا العانى : « الوكالة فى الشريعة والقانون » بغداد ١٩٧٥ بند ٤٧٨ وذهب الى العكس ـ أى الى معارضة المذهب الشافعى فى هذه النقطة بالمذهب الحنفى ، الســـنهورى : « مصادر الحق » ج ٥ ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩ ، وأحمد ابراهيم : « أحكام التصرف عن الغير » ص ٢٠٦ وأبو زهرة : « الملكية ونظرية العقد » بند ٢١٠ ـ ٢١١ ومحمد سلام مدكور : « المدخل للفقه الاسلامى » ، القاهرة ١٩٦٣ ص ٦٢٣ .

والواقع أن اختلاف فهم الفقهاء المحدثين عن الشافعية وكذا نقل الحنفية عنهم ما لا نجد له سندا فى كتب الشافعية التى بين أيدينا قد يكون مرجعه أن للشافعى مذهبين : قديم عراقى وجديد مصرى وفقهاء الحنفية كانوا ولا شك أقرب الى مصادر مذهبه القديم فى بغداد . هـذا الى أن المذهب الشـــافعى يتميز بكثرة الأقوال فيه واختلافها لأسباب منها رجوع صاحب المذهب فى جديده عن كثير مما كان قد قال به فى قديمه ، ومنها كذلك انتشار أصحاب الشافعى فى أطراف العالم الاسلامى مما استتبع اختلاف الأقوال بتأثير البيئة والعرف . أنظر فى هذا : أبو زهرة « الشافعى» بند ١١٦ ـ ١٢٠ و ٢٣٢ ـ ٢٣٥ . وقد وافقنا على النظر المتقدم الأستاذ لينان دى بلفون فى كتابه « موسوعة القانون الاسلامى المقارن » جـ ١ باريس ١٩٦٥ ص ٤٥٥ .

Yves Linant de Bellefonds, Traité de droit musulman comparé, tome I, Paris, 1965, p. 455.

مشيرا الى كتابنا « دراسات فى النظرية العامة للنيابة » ، مطبعة جامعة الاسكندرية ١٩٥٩ .

(١) جـ ٥ ص ٣٦٤ .

(٢) جـ ٢ ص ٣٣٨ .

والرد بالعيب ونحوه (متعلقة بالموكل لأن الملك ينتقل اليه) أى الموكل (ابتداء ولا يدخل) المبيع (فى ملك الوكيل) .. (ولا يطالب) الوكيل (فى الشراء بالثمن ولا) يطالب الوكيل (فى البيع بتسليم المبيع بل يطالب بهما الموكل) لأن حقوق العقد متعلقة به وفى المغنى والشرح ان اشترى وكيل فى شراء فى الذمة فكضامن وقال المجد وابن نصر الله وقال الشيخ تقى الدين فيمن وكل فى بيع أو شراء أو استئجار فان لم يسم موكله فى العقد فضامن والا فروايتان وظاهر المذهب يضمنه فيحمل كلام المصنف على الثمن المعين .. (ويرد الموكل) المبيع (بعيب) أو تدليس أو غبن ونحوه (ويضمن) الموكل (العهدة) اذا ظهر المبيع أو الثمن مستحقا أو معيبا (ونحو ذلك) من سائر ما يتعلق بالعقد لما تقدم من أن حقوق العقد متعلقة به دون الوكيل (١) » .

ومهما يكن من أمر فقد تبين من كل ما تقدم أن حكم مختلف مذاهب الشريعة متفق مع حكم القوانين الحديثة فى ايقاع آثار التصرف فى ذمة الأصيل لا النائب وذلك فى جميع الصور التى تتحقق فيها النيابة بالمعنى الحديث أى فى جميع العقود التى تبرم باسم الأصيل ويكون فيها العلم بوجود النيابة مشتركا بين النائب والغير المتعاقد معه .

أما الخلاف فيما وراء ذلك وهو الخلاف المبنى على التفرقة بين حكم العقد وحقوقه فهو متصل بحالات تخرج عن نطاق النيابة حسب ما اصطلح عليه الفقه الحديث لأنها حالات ينتفى فيها العلم بالنيابة ومثل هذه الحالات لا ترجع فيها القوانين الحديثة آثار التصرف الى الأصيل .

١٥٣ — على أنه ينبغى التنويه بأن رجوع حكم العقد الى الموكل

(١) ونفس المعنى فى « شرح المنتهى » (على هامش المرجع السابق) ص ١٧٨ — ١٧٩ ، وكذلك فى « منتهى الارادات » القسم الأول ص ٤٤٨ .

دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة لا يسرى على جميع أنــواع العقود اذ يشترط الفقهاء لامكان رجوع الحــكم الى الموكل الذى لم يضف اليه العقد أن يكون ذلك العقد مما تصح اضافته الى الوكيل ويستغنى عن اضافته الى الموكل وهذه الطائفة من العقود هى طائفة عقود المعاوضات المالية التى تنعقد بالقول فخرج بذلك عقد النكاح وتوابعه والهبة والقرض والاعارة ونحوها فهذه الأخيرة لا تنطبق عليها قاعدة رجوع حكم العقد الى الموكل رغم اضافة الوكيل العقد الى نفسه بل لابد لرجــوع الحكم الى الموكل من اضــافة العقد اليه صراحة والا وقــع حكم العقــد للوكيل (١) • وقالوا فى تبرير ذلك ان تلك العقود الخارجة عن قاعدة رجــوع الحــكم الى الموكل دون الوكيل المتعاقد باسم نفسه قسمان :

١ ــ عقود لا تتراخى أسبابها عن أحكامها أى لا يدخلها خيــار الشرط كالنكاح والخلع وما اليها من طلاق وعتاق •

٢ ــ عقود لا تتم الا بالقبض كالهبة والقرض والاعارة ونحوها فالقبض وهــو عنصر متمم للعقد لا يصح أن يقع من الوكيل باســمه شخصيا ثم يضاف الحكم الى الموكل بل لابد من اضــافة العقد الى الموكل والا وقع للوكيل واعتبر الوكيل متعاقدا لحساب نفسه خارجا عن الوكالة •

وبامعان النظر فى هاتين الطائفتين من العقود ــ ومع عدم الوقوف عند المبررات التى يوردها فقهاء الشريعة للتفرقة بينهما ــ نجــد أن الطائفة الأولى هى مما لا يعتد فيه عادة بشخصية المتعاقد لكونها من عقود المعاوضــــات الماليــة كالبيع والاجارة والبدل وما اليهــا • أما الطائفة الثانية بقسميها فهى عقود يكون للاعتبار الشخصى فيهــا

(١) « الوكيل بشراء شىء بعينه لو لم يضف العقد الى الموكل يقع للموكل بخلاف النكاح » • المبسوط جـ ١٩ ص ٣٤ •

المقام الأول كالزواج والهبة والقرض الخ. وعلى هذا فقاعدة رجوع حكم العقد للموكل دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة فى عقود الطائفة الأولى هى فى الواقع توسيع من نطاق الأثر المباشر للنيابة اذ ترجع الشريعة حكم العقد الى الأصيل رغم عدم انعقاد العقد باسمه وذلك لكون المتعاقد مع الوكيل لا يهتم بشخص الطرف الآخر فى العقد ولذا فلم تجد الشريعة بأسا من تحقيق المقصود من النيابة بايقاع حكم العقد فى ذمة الأصيل رأسا رغم عدم انعقاد العقد باسمه (١) .

ولا تخلو كتب فقهاء الشريعة من الماع الى هذا المعنى اذ نجد فى حاشية الغرر البهية (٢) قوله : « ولو قال بعتك فقال قبلت لموكلى صح على المعتمد وان نوى البائع الوكيل وتلغو هذه النية لأنهما معاوضة المقصود منها العوض فلا تضر مخالفة نية الموجب لما قبله القابل بخلاف الهبة . فان نويا معا (فى الهبة) الموكل أو صرحا به أو نواه أحدهما وصرح به الآخر وقع له . وان أطلق الواهب مثلا وصرح الوكيل بالموكل أو نواه بطل العقد أى لعدم موافقة القبول الايجاب بخلاف البيع » .

---

(١) قارن المادة ١٠٦ من القانون المدنى المصرى التى تنص فى ختامها على رجوع أثار العقد للأصيل رغم عدم التصريح بالنيابة متى كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . على ان بين أحكام الشريعة وبين حكم القانون المدنى المصرى فى المادة ١٠٦ فروقا أهمها :

(أ) ان تقرير ما اذا كان يستوى لدى الغير أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب ـ وبالتالى رجوع آثار العقد الأصيل طبقا للمادة ١٠٦ ـ مسألة تقديرية متروكة للقاضى حسب ظروف كل حالة بينما الحكم الشرعى يضع قاعدة عامة لا مجال فى تطبيقها لسلطة القاضى التقديرية .

(ب) ان معيار المصلحة التى تكون للغير فى التعاقد مع الأصيل أو مع النائب هو معيار شخصى ينظر فيه الى أشخاص ذوى الشأن بالذات فى كل حالة بذاتها ، أما معيار القاعدة الشرعية فهو معيار موضوعى بحت المرجع فيه الى نوع العقد الذى تولاه النائب .

(٢) جـ ٣ ص ١٩٠ .

وهكذا تخلص لنـا من استقصاء قواعد النيـابة فى الشريعة الاسلامية ومقارنتها بمثيلاتها فى القوانين الحديثة نتيجة هامة هى أن دائرة الأثر المباشر للنيابة أوسع فى الشريعة منها فى القوانين الحديثة اذ ترجع الشريعة الغراء آثار العقد الى الأصيل فى حالات لا يتم فيها ذلك طبقا للقوانين الحديثة اذ هذه الحالات هى من قبيل ما يسمى فى الاصطلاح الحديث بالاسم المستعار لأن النائب فيها يتعاقد باسمه هو لا باسم الأصيل ولذا تلحقه هو آثار العقد دون الأصيل • وفى اتساع نطاق الأثر المباشر للنيابة فى الشريعة عنه فى القوانين الحديثة تفصيل على الوجه الآتى :

١ ـ فالمذاهب الأربعة مجمعة على رجوع حكم العقد ـ وهـو أهم آثاره ـ الى الأصيل رغم عدم التصريح بالنيابة وذلك فى تلك الطائفة من العقود التى يستغنى عن اضافتها الى الموكل وهى كما قلنا عقود المعاوضات المالية التى تنعقد بالقول •

٢ ـ والحنابلة ومعهم المالكية (١) ـ وكذلك القول المنسوب الى الشافعى فى كتب الحنفية ـ يذهبون الى أبعد من ذلك فيرجعون سائر آثار العقد ـ وهى المسماة بحقـوق العقد ـ الى الأصـيل كذلك باعتبارها من توابع الحكم بمعنى أنهـا آثار ثانوية للعقد ترجع الى

---

(١) تقدمت الاشارة الى كتب الحنابلة ، أما عن المالكية فنجد فى « المدونة الكبرى » ج ١٠ ص ٨٣ ـ ٨٤ ما يلى :

« (قلت) أرأيت ان وكلت وكيلا أن يسلم لى فى طعام أو يبتاع لى سلعة بعينها ففعل ولم يذكر عند عقده الشراء للبائع أنه انما يبتاع لغيره ـ وقد شهد الشهود عليه أنه أقر بأنه انما ابتاع لى أو شهد الشهود عليه حين أمرته بذلك ـ لمن تكون العهدة ها هنا للوكيل على البائع أم للآمر (قال) لا • ولكنها للآمر على البائع • وقال أشهب السلعة بعينها أو بغير عينها العهدة على البائع للآمر •• (قلت) وكذلك لو وكل وكيلا يبيع له سلعة فباعها لم يكن له أن يقبل ولا يضع من ثمنها شيئا •• (قال) نعم •• (قلت) وهذا قول مالك •• (قال) نعم » •

الأصيل تبعا لرجوع الآثر الرئيسى للعقد ـ أى حكم العقد ـ اليه على ما سلف شرحه •

ويلاحظ أن رجوع حقوق العقد الى الموكل برغم عدم اضافة العقد اليه انما يتجلى فى مطالبة الموكل للغير الذى تعاقد معه الوكيل أكثر من تجليه فى مطالبة ذلك الغير للموكل فحيثما وجدنا أن للأصيل أن يطالب الغير بما يرتبه له العقد من حقوق برغم اضافة الوكيل العقد الى نفسه لا الى الموكل جاز لنا أن نقول ان حقوق العقد ترجع الى الأصيل أما حيث يتعلق الأمر بمطالبة الغير بحقوقه الناشئة عن العقد فالدلالة للنص على امكان مطالبته الوكيل بتلك الحقوق على رجوعها الى الوكيل دون الموكل وذلك لأن الغير فى هذه الصورة التى تعنينا بالذات (صورة عدم اضافة العقد الى الموكل) قد لا يعرف الا الوكيل الذى تعاقد معه دون الموكل ، ومن ثم نرى أن تقدير ما اذا كانت حقوق العقد تتعلق بالموكل أو بالوكيل انما يكون ـ ابتداء والى أن ينكشف للغير وجود الوكالة ـ من زاوية الحقوق التى للموكل قبل الغير لا من زاوية الحقوق التى للغير قبل الموكل •

ولتوضيح ذلك نأخذ مثال الرد بالعيب فى عقد البيع الذى يعقده وكيل المشترى دون اضافته الى الموكل فنجد أنه عند المالكية لا رد الا للموكل واذا رد الوكيل « فالآمر بالخيار فيما فعل المأمور من الرد ان شاء أجاز رده وان شاء نقضه وارتجع السلعة الى نفسه ان كانت قائمة وان كانت قد فاتت فله أن يضمن المأمور لأنه المتعدى فى الرد لسلعة قد وجبت للآمر » (المدونة الكبرى جـ ١٠ ص ٨٣) وكذلك الحكم عند الحنابلة حيث « لموكل أن يرد بعيب ما اشتراه وكيله لأنه حق له فملك الطلب به كسائر حقوقه » (شرح المنتهى جـ ٢ ص ١٧٨)• أما عند الحنفية فالحكم على النقيض اذ لا مطالبة للموكل قبل الطرف الآخر الا اذا وكله الوكيل فى تلك المطالبة « لأن الآمر فى حقوق

العقد كأجنبى آخر » (المبسوط جـ ١٩ ص ٥٢) « واذا وجد الوكيل (بالشراء) فى العبد عيبا فله أن يرده ولا يستأمر فيه لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وهو مستبد بما هو من حقوق العقد » (المبسوط جـ ١٩ ص ٥٨) • فقارن بين وكيل ليس له أن يرد بالعيب واذا رد بالعيب يعتبر متعديا ويحق للموكل أن يلزمه التعويض وبين وكيل هو المستبد بكل حقوق العقد وله أن يرد بالعيب دون الرجوع الى موكله بل ان ذلك الموكل ليس له أن يستعمل حقوق العقد الا أن تصدر له من وكيله نفسه وكالة فى ذلك ، فمن هذه المقارنة يتضح بجلاء أن المالكية والحنابلة فى جانب وأن الحنفية فى الجانب الآخر فالأولون يجعلون حقوق العقد الذى لا يضـاف الى الموكل راجعة الى هـذا الأخير فيوجدون بذلك علاقة قانونية مباشرة بين الموكل وبين الغير الذى تعاقد معه الوكيل والآخرون يرجعون حقوق مثل ذلك العقد الى الوكيل دون الموكل فتنتفى بذلك العلاقة المباشرة بين الموكل وبين الغير •

وبناء على ما تقدم فان العبارات التى ترد فى كتب المالكية مفيدة أن للغير أن يرجع على الوكيل غير كافية فى الدلالة على أن حقوق العقد عند المالكية تتعلق بالوكيل اذ أن الدلالة الحقيقية فى هذا الصدد هى — كما قلنا — لرجوع الموكل على الغير لا لرجوع الغير على الوكيل الذى قد لا يعرف الغير سواه ، وقد اتضح بجلاء فى مسألة الرد بالعيب الفرق بين قول المالكية وقول الحنفية فى هذا الصدد •

هذا وقد استخلص الأستاذ السنهورى من مذهب مالك عين الذى استخلصناه هنا وقرن بينه وبين المذهب الحنبلى فى رجوع حقوق العقد الى الموكل برغم عدم اضـافة العقـد اليه (مصـادر الحق جـ ٥ ص ٢٤٧) ولكنه عاد فى المرجع نفسه (ص ٢٨٤) فقرر أن حقـوق العقد فى المذهب المالكى تتعلق بالوكيل ، ونرى للأسباب المتقدمة أن الذى فى الموضع الأول هو الأرجح •

١٥٤ ــ وعلى ذلك فتنشأ بموجب قواعد الشريعة الغراء فى طائفة معينة من العقود علاقة قانونية مباشرة بين الأصيل وبين الغير الذى تعاقد معه النائب رغم عدم تصريح النائب بنيابته أى رغم عدم انعقاد العقد باسم الأصيل وهو ما لا يتحقق ــ بهذا الاطلاق والعموم ــ طبقا للقوانين الحديثة واذن فالشريعة قد ذهبت بالأثر المباشر للنيابة الى مدى أبعد مما وصلت اليه القوانين الحديثة حتى الآن ، على أن القانون الانجليزى والقانون الأمريكى يتضمنان نظاما يسمى بنظام « الأصيل المستتر » undisclosed principal تشبه قواعده الى حد بعيد قواعد الشريعة فى هذه الناحية .

فمن المقرر فى القانون الانجليزى وكذلك فى القانون الأمريكى أن النائب اذا تعاقد مع الغير باسمه هو دون أن يكشف عن نيابته أصلا ثم انكشف للغير وجود النيابة وعرفت شخصية الأصيل كان له أن يرجع بتنفيذ الالتزامات التعاقدية اما على النائب الذى تعاقد معه واما على الأصيل الذى كان مجهولا له عند التعاقد فيكون له بذلك مدينان يرجع على أيهما شاء وهو ما يسمونه بالمديونية البدلية alternative liability وكذلك الأصيل له أن يرجع بتنفيذ العقد على الغير المتعاقد مع النائب مباشرة بلا حاجة الى توسيط النائب على أن هذا الغير يكون له فى هذه الحالة الحق فى دفع دعوى الأصيل بكافة الدفوع التى كانت له قبل النائب بما فيها المقاصة . وخيار الغير المتعامل مع النائب فى هذا النظام يستنفد باستعماله مرة واحدة بمعنى أنه ليس لهذا الغير أن يرجع على النائب بعد أن يكون قد اختار الرجوع على الأصيل وبالعكس (١) والشبه بين نظام الأصيل المستتر

---

(١) أنظر فى القانون الانجليزى :

Halisbury's Laws of England, vol. I, para. 490 et seq. ; Chitty on Contracts, London 1961, vol. II, para. 64 et seq. ; Sutton and Shannon on Contracts.

في القـــانون الانجليزي والقانون الأمريكي وبين قـواعد الشريعة الاسلامية في آثار النيابة متوفر من أكثر من وجه :

١ ـ فثمة تلك العلاقة المباشرة التي تنشأ بين الأصيل وبين الغير المتعاقد مع النائب رغم الجهل بالنيابة وقت ابرام العقد أي أن الأثر المباشر للنيابة يترتب في النظامين في صـــورة ينعدم فيهـا ذلك الأثر المباشر في سائر القوانين الحديثة •

٢ ـ وأيضا فالخيار المقرر للغير في القانون الانجليزي والقانون الأمريكي في الرجوع على النائب أو على الأصـــيل مقرر له كذلك في الشريعة الاسلامية اذ نقرأ في (تحفة الحبيب جـ ٣ ص ١٢٦) ما يلي :

« فان اعترف (الغير الذي باع للوكيل) بها (أي بالوكالة) طالب كلا منهما به (أي بالثمن) والوكيل كضامن والموكل كأصيل » ونجد في (نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٣٨) قوله :

London 1963, Arts. 169 et seq. ; Anson on Contract and Agency, London 1959, p. 518 et seq. ; Stoljar, pp. 203-233

وانظر في القانون الامريكي

Restatement, 2nd (1958), Agency, Section 209 et seq. ; Mechem, Outlines of the Law of Agency, Chicago 1952, Sect. 145 et seq. ; Ferson, Sect. 156-180.

وجدير بالملاحظة أن المشروع التمهيدي الأخير لقانون موحد بشأن النيابة الذي أصدره المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في أكتوبر ١٩٧١ قد أخذ في المادتين ٢ و ٢٦ منه بنظام الأصيل المستتر • وواضح من الأعمال التحضـيرية للمشروع ان ذلك يرجع الى اشتراك الفقهاء الانجليز والأمريكيين في أعمـال اللجنة المشكلة من ممثلي حكومات الدول الأعضاء في المعهد وأن القصد من ذلك جعل مشروع القانون الموحد مقبولا من أكبر عدد من الدول على اختلاف نظمها القانونية • انظر نصوص المشروع المذكور في ملحق هـذا الكتاب • وليس هذا المشروع أول تجميع دولي لقواعد النيابة ينحو هذا المنحى فان مشروع توحيد قواعد تنازع القوانين بشأن النيابة الذي أعدته جماعة القانون الدولي في مؤتمرها المنعقد في لوسرن سنة ١٩٥٢ قد نص في مادته الثانية على تعريف للنيابة يشـــمل حالات تعاقد النائب باسمه هو لحساب الأصيل ولا يقتصر على الحالات التي يتعاقد فيها النائب باسم الأصيل ، وكذلك فعلت اتفاقية لاهاي المعقودة سـنة ١٩٧٧ في مادتها الأولى •

« وان اعترف (أى الغير المتعاقد مع الوكيل) بها (أى بالوكالة) طالبه به (أى بالثمن) أيضا فى الأصح وان لم يضع يده عليه كما يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن لمباشرته العقد والموكل كأصيل لأنه المالك ومن ثم رجع عليه الوكيل اذا غرم » .

كما نجد المعنى نفسه فى « المغنى » اذ يقول (جـ ٥ ص ٢٦٤) :
« فأما ثمن ما اشتراه (الوكيل) اذا كان فى الذمة فانه يثبت فى ذمة الموكل أصلا وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضا كالضامن والمضمون عنه سواء » .

وكذلك يقول البهوتى فى « شرح المنتهى » (جـ ٢ ص ١٧٨ — ١٧٩) : « وان علم مشتر بالوكالة فلا طلب له على وكيل والا فله طلبه ابتداء للتغرير . وان اشترى وكيل بثمن فى ذمته ثبت فى ذمة الموكل أصلا وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما وان أبرأ الموكل برىء الوكيل لا عكسه » .

على أن الخيار المقرر فى الشريعة يختلف عن الخيار المقرر فى القانون الانجليزى من حيث أن الرجوع على أى من الاثنين (الاصل أو النائب) فى هذا الأخير يستتبع النزول عن الرجوع على الآخر بغير تفرقة ، بينما مقتضى القياس على الضامن والمضمون فى الشريعة أن الرجوع على النائب لا يمنع من الرجوع بعد ذلك على الأصيل اذا لم يثمر الرجوع على نائبه لأن الأصيل فى حكم المدين الأصلى واذن فالقانون الانجليزى يسوى فى المسئولية بين المدينين البدليين أما الشريعة فترتب مسئوليتيهما بالقياس على مسئوليتى الضامن والمضمون .

وفى هذه النقطة وجه خلاف بين القانون الانجليزى والقانون الأمريكى ففى الولايات المتحدة لا يسقط حق الغير فى الرجوع على

النائب لمجرد انه كان قد بدا بمطالبة الأصيل او بالعكس وانما يترتب على صدور حكم ضد أحدهما عدم امكان مطالبة الآخر اللهم الا اذا كان الغير قد حصل على حكم ضد النائب قبل أن تنكشف له شخصية الأصيل ففي هذه الحالة يكون للغير أن يعود فيقاضى الأصيل متى وجد له مصلحة فى ذلك كأن يكون الأصيل مثلا أكثر ملاءة من النائب (١) .

والقانون الأمريكى فى عدم ترتيبه على مجرد مطالبة أى من الأصيل أو النائب سقوط حق الغير فى مطالبة الآخر يقترب من أحكام الشريعة بأكثر مما يفعل القانون الانجليزى (٢) .

ويرى العلامة السنهورى (٣) أن نظام الأصيل المستتر فى القانون الانجليزى وهو فى الواقع مرحلة الى الأمام فى نظام الاسم المستعار الذى تعرفه القوانين اللاتينية والجرمانية فان هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحدهما على الآخر أما النظام الانجليزى فيسمح بهذا الرجوع ويضيف أستاذنا الكبير السنهورى أن نظام القانون الانجليزى فى هذا الصدد ظاهر أنه لا ينطبق الا فى العلاقات المالية التى لا اعتبار فيها للشخص فلا ينطبق على وعد بالزواج أو على ايجار العمل الخ .

---

(١) أنظر : Restatement, 2nd (1958), Agency, Sections 209, 210-337; Mechem, § 158, Coppola, Sect. 50 and 66.

(٢) أنظر فى تفصيل المقارنة بين الشريعة والقانون الانجليزى فى أثر النيابة بحثنا المنشور فى المجلة الدولية للقانون المقارن ١٩٦٥ ص ٣٧٩ ـ ٣٩٤ .
Badr, La tendance objective en matière de représentation dans la common law et le droit islamique, in La Revue Internationale de Droit Comparé, 1965, pp. 379-394.

وقد أبرزنا فى هذا البحث ان أحكام الشريعة كأحكام القانون الانجليزى تمثل اتجاها موضوعيا واضحا بالمقابلة للاتجاه الشخصى الذى تتميز به القوانين اللاتينية .

(٣) نظرية العقد ـ بند ٢١٠ ص ٢١٨ حاشية ٥ .

ونعتقد أننا أثبتنا فيما تقدم أن الشريعة الاسلامية قد سبقت القانون الانجليزى الى ذلك كله اذ قررت للنيابة أثرا مباشرا يربط الأصيل والغير فى حالات تدخل ضمن ما تسميه القوانين الحديثة الاسم المستعار ولا تعرف بشأنه الأثر المباشر للنيابة وبذلك كانت دائرة النيابة أوسع فى الشريعة الاسلامية منها فى القوانين الحديثة كما ذكرنا من قبل ٠

١٥٥ ــ ولا يسعنا فى ختام هذا العرض لأثر النيابة فى الشريعة الا أن ندلى بما نظن أنه تصويب لما قيل من أن مذهب أبى حنيفة بهذا الصدد قريب من القانون الرومانى وأن مذهب الشافعى قريب من القانون الحديث (١) فقد رأينا أن الحنفية وغيرهم من سائر المذاهب الأربعة متفقون على رجوع آثار تصرف النائب الى الأصيل رأسا فى جميع الحالات التى يبرم فيها النائب التصرف باسم الأصيل وهى وحدها التى تتحقق فيها النيابة فى القوانين الحديثة كقاعدة عامة ٠ أما ماعدا ذلك من الحالات فهى فى حكم القوانين الحديثة تخرج عن نطاق النيابة ومع ذلك فمذاهب الشريعة الاسلامية تقر فى

---

(١) نظرية العقد بند ٢٠١ ص ٢٠٩ حاشية ١ و « الوسيط » ج ١ بند ٨٣ حاشية ١ : « وفى الشريعة الاسلامية اختلفت المذاهب فى هذا الموضوع ، فأبو حنيفة يرجع حكم العقد الى الموكل أما حقوق العقد فترجع الى الوكيل وهو فى هذا قريب من القانون الرومانى على النحو الذى تقدم ، والشافعى يرجع حكم العقد وحقوقه الى الموكل دون الوكيل وهو فى هذا يتفق مع القانون الحديث » ٠ ونظن أن هذا القول يرد عليه ماخذان :

الأول : أنه لا يصح الا عن العقود التى يضيفها الوكيل الى نفسه لا الى موكله أى العقود التى لا تبرم باسم الأصيل وهذه ــ كقاعدة عامة ــ تخرج أصلا عن نطاق النيابة فى القانون الحديث لانتفاء تعامل النائب مع الغير باسم الأصيل ــ أما العقود التى يعقدها الوكيل باسم موكله فآثارها جميعا ــ حكما وحقوقا ــ تلحق فى الشريعة الاسلامية بالأصيل مباشرة على ما أسهبنا فى بيانه ٠

الثانى : أن الرأى المنسوب هنا الى الشافعى هو الذى يرويه عنه الحنفية فى كتبهم وليس المعتمد فى كتب الشافعية ٠

هذه الحالات الأخيرة الأثر المباشر للنيابة على تفاوت بينها مبناه التفرقة بين ما يسمونه حكم العقد وما يسمونه حقوق العقد على ما شرحناه آنفـــا .

وعلى ذلك فان التسوية بين مذهب أبي حنيفة في ارجاع حقوق العقد الى الوكيل وبين القانون الروماني الذي لم يكن يقر الأثر المباشر للنيابة كأصل ، لا تستقيم الا اذا قارنا حـــكم القانون الروماني في عمومه بخصوص حكم المذهب الحنفي في حالات تعاقد الوكيل بأسم نفسه لا باسم الموكل وهي مقارنة غير سليمة لتفاوت الأسس التي تقوم عليها اذ هذه الحالات الأخيرة تخرج عن نطاق النيـــابة في القانون الحديث نفسه بله القـانون الروماني ، والمذهب الحنفي في هــــذه الحالات الأخيرة نفســها يذهب الى أبعد ممـا تذهب اليـه القوانين الحديثة اذ يرجع أهم آثار العقد ــ وهو ما يسميه حكم العقد ــ الى الأصيل رأسا ولا يحتفظ للنائب الا بالآثار الفرعية المسماة بحقــــوق العقد وبذلك يتضح مدى الاختلاف ما بين المذهب الحنفي والقـانون الروماني في هذا الصدد .

١٥٦ ــ هذا وان الرأي الذي أوردناه هنا عن حكم الشريعة بمختلف مذاهبها في مسألة الأثر المباشر للنيابة سبق أن نادينا به أول مرة ــ بأقل من هذا التفصيل ــ في الطبعة الأولى من هــذا الكتاب سنة ١٩٥٤ حيث قلنا بعد استعراض قواعد الشريعة في مختلف المذاهب استعراضا موجزا :

« وواضح أن حكم الشريعة بمذاهبها المختلفة متفق مع حـــكم القوانين الحديثة في ارجاع آثار التصرف الى الأصيل دون النائب في جميع الصور التي تتحقق فيها النيابة بالمعنى الحديث اى في جميع

العقود التي يكون فيها العلم بوجود النيابة مشتركا بين النـــائب والغير المتعاقد معه » (١) •

ولم يكن يذهب الى هـــذا الرأى أحد من الشراح حتى ذلك الحين والى ما بعده (٢) الى أن وجد هذا الرأى سندا نعتز به فيمـا انتهى اليه العلامة السنهورى ــ طيب الله ثراه ــ فى الجزء الخامس من « مصادر الحق فى الفقه الاسلامى » (٣) ففيه رجع المؤلف عمـا كان قد قال به فى « نظرية العقد » وفى « الوسيط » موردا مبررات هذا الرجوع وأسباب القول بالرأى الأول (٤) وانتهى الى أنه :

« فى الحالة الأولى (حالة تعامل النائب باسم الأصيل) تكون النيابة كاملة فى الفقه الغربى اذ يختفى شخص النائب ، وتقوم العلاقة مباشرة بين الأصيل والعاقد الآخر ، فيكسب الأصيل الحقوق المتولدة

---

(١) « النيابة فى التصرفات القانونية » ــ الاسكندرية ١٩٥٤ ص ١٦٤ •

(٢) قارن مثلا : شفيق شحاتة ــ فى دروس الدكتوراه لسنة ١٩٥٧ (على الآلة الكاتبة) ، وفى « المجلة الدولية للقانون المقارن » السنة الثامنة (١٩٥٦) ص ٥٣٨ ــ ٥٤٦ وبخاصة الفقرات ٣٧ و ٤٠ و ٤١ ــ ولا تفوتنا الاشارة الى أن الأستاذ الدكتور شحاته فى رسالته التى نوقشت سنة ١٩٣٦ ــ وكانت فاتحة طيبة لدراسة الشريعة على النهج العلمى الحديث ــ (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ــ الجزء الأول ــ طرفا الالتزام ــ القاهرة ــ مطبعة الاعتماد بدون تاريخ) ــ كان قد قرر أن « الفقه الاسلامى يسلم بمبدأ النيابة التامة •• ومبدأ النيابة هذا لم يصل اليه التشريع الرومانى الا بعد جهـــاد عنيف وقد بقى مجهولا من التشريع الفرنسى القديم ، أما الفقة الاســـلامى فقد قال بالنيابة التـــامة الى حـــدود بعيدة جـــدا » (المرجع المذكـــور البنـــود ١٩٠ ــ ١٩٩) • وقد ورد هذا القول هنالك غير مسند الى النصوص الفقهية ، كما أنه جاء ضمن المقدمة العامة للرسالة التى اســـتعرض فيهـــا المؤلف نظرية الالتزامات فى الشريعة استعراضا عاما يكون « هيكلا وقتيا » يساعد على تتبع الدراسات المقبلة التى شرع فيها المؤلف (بند ٣٩) ، ومن ثم فالظاهر أن الـــذى انتهى اليه المؤلف فى مقاله المنشور فى « المجلة الدولية للقانون المقارن » سنة ١٩٥٦ ثم فى دروس الدكتوراه لسنة ١٩٥٧ والتى نشرت فى « مجلة العلوم القانونية والاقتصادية » ــ السنة الأولى ــ ١٩٥٩ (المرجع السابق) هو قوله النهائى المسند الى نصوص المذهب الحنفى •

(٣) القاهرة سنة ١٩٥٨ ــ ص ٣٠٨ •

(٤) ص ٢٤٩ ــ ٢٥٠ من المرجع المذكور •

من العقد الذى باشره النائب ، وتترتب فى ذمته الالتزامات التى أنشأها هذا العقد فيطالب العاقد الاخر رأسا بهذه الحقوق ويطالبه العـاقد الآخر رأسا بهذه الالتزامات • وهذا هو أيضا شأن الفقه الاسلامى ، لم يقصر عن ادراك مدى النيابة كاملا فى هذه الحالة ، ولم يتخلف عن الفقه الغربى خطوة واحدة فان الوكيل فى الفقه الاسلامى اذا أضاف العقد الى موكله انصرف حكم العقد وحقوقه جميعا الى الموكل لا الى الوكيل وكانت النيابة كاملة ومن ثم يختفى شخص الوكيل وتصبح العلاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر ، ويرجع الموكل على العـاقد الآخر رأسـا بما كسبه من حقوق العقد كما يرجع العـاقد الآخـر على الموكل رأسـا بما كسبه هو أيضـا من هذه الحقوق • لا فـرق فى كل ذلك بين الفقه الاسلامى والفقه الغربى الحديث فليس هنـاك شك فى أن الفقه الاسلامى قد وصل بنظرية النيابة الى أبعـد مدى وصل اليه الفقه الغربى الحديث » •

ويضيف المؤلف الى ذلك قوله (ص ٣١٠) :

« أحسن الفقه الاسلامى كل الاحسان فى صرف حكم العقـد وحقوقه الى الموكل اذا أضيف العقد اليه فهذه نيابة كاملة سبق فيها الفقه الاسلامى الفقه الرومانى وكان هذا الفقه الأخير يقف عند حدود الرسالة لا يتعداها الى النيابة وضاهى الفقه الاسلامى فيهـا الفقه الغربى الحديث فلم يتخلف عنه خطوة واحدة » •

وقد استقر هذا الرأى الآن فى الفقه الحديث (١) •

١٥٧ ــ الأصيل اذن هو الذى تترتب فى ذمته مباشرة آثـار التصرف الحاصل بطريق النيابة لأن نيابة النائب ليست نيابة فى الالتزام بأحكام العقد وانما هى نيابة فى انشاء العقد ، وعلى هـذا فالأصيل

---

(١) انظر رسالة الأستاذ محمد رضا العانى : « الوكالة فى الشريعة والقانون بغداد ١٩٧٥ خصوصا البنود ١٩ ــ ٢٢ و ٤٣٩ ــ ٤٨٢ •

ـ دون النائب ـ هو الذى يكتسب من ذلك التصرف حقوقا ويلتزم بمقتضاه بالتزامات وهو ـ دون النائب ـ الذى له أن يطالب الطرف الآخر بالتنفيذ اللهم الا اذا كانت نيابة النائب تشمل تنفيذ العقد ولا تقتصر على ابرامه فهنا يكون له أن يتولى الوفاء والاستيفاء بصفته نائبا فى ذلك عن الأصيل (١) •

وغنى عن الذكر أن التزام الأصيل بآثار تصرف النائب هو حكم قاعدة النيابة التى تنطبق متى توافرت شروطها بلا حاجة الى قبول الأصيل للالتزام بتلك الآثار ، وبالتالى فليس للأصيل ـ متى وجب انطباق قاعدة النيابة ـ أن يقبل بعض آثار تصرف النائب ويرفض البعض الآخر اذ أن تصرف النائب وحدة لاتتجزأ وآثار ذلك التصرف تلحق الأصيل بحكم قاعدة النيابة دون أى اجراء آخر • ولا يخفى أن من الحالات ما لا يحتاج فيه انطباق قاعدة النيابة الى رضا الأصيل أصلا لا مقدما ولا بعد ابرام التصرف وذلك كما فى صور النيابة القانونية وفى الفضالة عندما يكون التصرف نافعا نفعا محضا ، بل أن هناك حالات تنطبق فيها قاعدة النيابة وترجع آثار التصرف الى الأصيل رغم ما قد يكون لهذا الأخير من ارادة مخالفة وذلك كما فى حالات النيابة الظاهرة التى تقوم فيها النيابة على حالة واقعية لا علاقة لها بارادة الأصيل الحقيقية •

***

١٥٨ ـ يدخل كثير من الفقهاء ضمن آثار النيابة بالنسبة

---

(١) يلاحظ فى النيابة القانونية أن مداها يشمل دائما تنفيذ التصرفات التى يعقدها النائب وذلك لأننا فى حالات النيابة القانونية أمام شخص معهود اليه بتولى كافة شئون الذمة المالية لشخص آخر مقصود من الشارع بالرعاية والحماية ولا يتحقق ذلك اذا لم تشمل نيابة النائب حق الاستيفاء والوفاء والا ظلت تصرفات النائب القانونى عقيمة لا يستفيد منها الأصيل ولهذا فان مدى نيابة النائب القانونى يتسع دائما لتنفيذ التصرفات التى يجريها باسم الأصيل • أنظر مادراى ص ٢٣٩ •

للأصيل مسئوليته قبل الغير عما قد يقع من النائب من خطأ تقصيرى بمناسبة ابرام التصرف الحاصل بطريق النيابة ويتكلمون عن هذه المسئولية فى كلامهم على أثر النيابة ، والواقع عندنا أن هذه المسئولية لا تدخل فى نطاق آثار النيابة بالنسبة للأصيل فهى مسألة غريبة عن النيابة وتدخل ضمن نظام قانونى آخر كما سيتبين مما يلى :

يتصل البحث فى مسئولية الأصيل عن أعمال النائب غير المشروعة أوثق اتصال بالتفرقة الجوهرية بين مجال التصرفات القانونية ومجال الوقائع القانونية وينبغى استحضار تلك التفرقة فى الذهن عند محاولة تأصيل تلك المسئولية وعن اغفالها نتجت المزالق التى أدت بعض الشراح وبجانب من أحكام القضاء الى القول باعتبار الأصيل — بوصفه ذاك — مسئولا مسئولية تقصيرية عن تعويض الضرر الذى يصيب الغير من جراء عمل النائب غير المشروع .

فالنيابة بحكم كونها احلالا لارادة النائب محل ارادة الأصيل فى ابرام التصرف ينحصر مجالها فى التصرفات القانونية سواء كانت عقودا أو تصرفات بالارادة المنفردة أما المسئولية التقصيرية سواء عن الخطأ الشخصى أو خطأ الغير فهى مؤسسة على العمل غير المشروع وهو واقعة قانونية لا علاقة لها بالارادة كمصدر للآثار القانونية ولذا فهى بعيدة عن مجال التصرفات القانونية القائمة على الارادة . ومن ثم يبين بوضوح أن الربط بين المسئولية التقصيرية عن خطأ النائب وبين موضوع آثار النيابة ينطوى على خلط بين مجالين متميزين من مجالات النشاط القانونى وأن حل مسألة مسئولية الأصيل عن خطأ النائب لا يمكن الوصول اليه فى نطاق علاقة النيابة (١) .

---

(١) من أحكام القضاء الفرنسى التى استند اليها من قال بمسئولية الموكل عن خطأ الوكيل — بوصفهما ذاك — حكمان أحدهما قديم والآخر أحدث عهدا ويتضح من النظر فيهما مدى الخلط الذى وقع بين العقد وبين العمل غير المشروع ، كما يتضح

ويفرق الفقه التقليدى بصدد مسئولية الأصيل عن خطأ نائبه بين مختلف أنواع النيـــابة جاعلا لكل نوع حكما خاصا بالنســـبة لتلك المسئولية : ففى النيابة القانونية نجد أنه من المقرر أن القـــاصر أو ناقص الأهلية غير مسئول عن خطأ نائبه القانونى (١) أما فى النيـــابة الاتفاقية فمن المقرر أن الأصيل مسئول عما يرتكبه نائبه من خطأ ٠

= إن اللجوء فى واقعتى هذين الحكمين الى فكرة المسئولية التقصيرية عن أعمال الوكيل نافلة فى غير محلها ٠

فالحكم الأول صادر من محكمة اســـتئناف الجزائر فى ٧ يوليو ســـنة ١٨٩٩ (دالوز ١٩٠١ ـ ٢ ـ ١٨١) وفيه استندت المحكمة الى فكرة المسئولية التقصيرية التى تقع على الموكل من جراء خطأ الوكيل وذلك لالزام مودع لديه بتعويض المودع عن فقد الوديعة التى بددها وكيل المودع لديه وكان مكلفا بتسليمها لصاحبها ، وظاهر من هذه الواقعة أنه لا حاجة أصلا الى اثارة فكرة المسئولية التقصيرية ولا الى القول بأن تبديد الوكيل للوديعة يعتبر خطأ يسأل عن تعويضه الموكل بوصفه متبوعا لمرتكب الخطأ ، وذلك لأن رد الوديعة التزام عقدى يقع على عاتق المودع لديه بموجب عقد الوديعة وعدم تنفيذ هذا الالتزام يستتبع مســـاءلة المودع لديه على أســـاس المســـئولية العقدية لا التقصيرية ، وبديهى أنه كلما أغنت عنا أحكام المسئولية العقدية وجب أن نستبعد فكرة المسئولية التقصيرية من مجال البحث ٠

والحكم الآخر صادر من محكمة استئناف باريس فى ١٠ يوليو ١٩٤٤ (دالوز ١٩٤٥ ـ ٦٢) قضت فيه المحكمة بالزام مالك العقار بتعويض المشترى للعقار فى المزاد عن تكليف اتضح أن العقار مثقل به ولم يكن قد ورد له ذكر فى قائمة شروط البيع التى أشهرمزاد العقار على أساسها واستندت المحكمة فى هذا القضاء على أن عدم ادراج ذلك التكليف فى قائمة شروط البيع خطأ ارتكبه موثق العقود المكلف من البائع باجراء المزاد وأن البائع بوصفه موكلا مسئول عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله موثق العقود ، وظاهر هنا أيضا أن الاشارة الى المسئولية التقصيرية تنطوى على كثير من عدم الدقة وذلك لأننا فى واقعة الدعوى التى قضى فيها الحكم بازاء مسئولية عقدية تقع على عاتق البائع كأثر من آثار عقد البيع اذ أنه لم ينفذ التزامه بنقل الملكية خالصة للمشترى تنفيذا كاملا وذلك بلا أدنى دخل للمسئولية التقصيرية ، وليس أدل على ذلك من أن المدعى فى تلك الدعوى كان قد طلب أمام المحكمة الابتدائية أصليا فســـخ عقد البيع واحتياطيا التعويض ثم عدل طلباته أمام محكمة الاستئناف بالتنازل عن طلب الفسخ مع التمسك بطلب التعويض وكلها طلبات تتكفل بها أحكام العقد وهى من جزاءات المسئولية العقدية ولا اتصال لها بالمسئولية التقصيرية ، ولا شك أن الخلط بين مجا المســـئوليتين ينطوى على تجاهل للتفرقة الأســـاسية بين التصرف القانونى والواقعة القانونية ٠

(١) رواست ص ٨٦ ـ مادراى ص ٢٣٥ ـ بوبســـكو ـ رامنســـيانو ص ٩٩ و ٣٠١ كلاريز ص ٢١٧ ٠

وان مجرد التفرقة بين نوعى النيابة فى الحكم يحمل الدليل على أن مسألة المسئولية عن خطأ النائب ليست من آثار النيـــابة بمعناها الصحيح وأنها لابد أن تكون أوثق ارتباطا بنظام آخر غير النيابة .

والواقع أن الفقه والقضاء أصبحا يقيمان تلك المســئولية على ما بين الأصيل والنائب من علاقة المتبوع بالتابع ويجعــلان مسئولية الأصيل عن خطأ النائب تطبيقا من تطبيقات المسئولية عن فعل الغـير الناشئة عن علاقة التبعية (مادة ١٣٨٤ فقرة ٤ فرنسى) (١) .

١٥٩ ــ على أن كل نائب اتفاقى ليس تابعا للأصيل باطلاق ، فان لعلاقة التبعية عناصر ــ منها الاشراف والتوجيه ــ قد لا تتوفر فى كثير من الحالات فيما بين الأصيل ونائبه الاتفاقى من علاقة ، وعلى هذا فان مسئولية الأصيل عن خطأ نائبه متوقفة على توافر علاقة التبعية بينهما بعناصرها المتميزة بصرف النظر عن وجود علاقة النيابة (٢) فهذه

---

(١) أنظر بوبسكو ـ رامنسيانو ص٣٠١ ـ ٣٠٢ والمراجع والأحكام المشار اليها ثمة وانظر رواست ص ٨٨ ومادراى ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦ .

(٢) نقض فرنسى (مدنى) ١٦ يونيو سنة ١٩٣٦ ـ دالوز الأسبوعى ٤٢٧/١٩٣٦ « ان وجود الوكالة لا يعنى بالضرورة قيام علاقة تبعية بين الموكل والوكيل ،والمسئولية المقررة بالمادة ٤/١٣٨٤ من القانون المدنى على عاتق المتبوع نتيجة لفعل التابع تفترض فى الأول حق التوجيه والاشراف والرقابة على الثانى » .

« L'existence d'un mandat n'implique pas nécessairement l'établissement « entre les parties d'un rapport de commettant à préposé ; la responsabilité « édicte part l'art. 1384/4 c.c. à la charge du commettant et à raison du fait « de son préposé, suppose que le premier possède, au regard du second, un « droit de direction, de surveillance et de contrôle ». Cass. (civ.) 16 Juin 1936, D.H. 1936/927.

وانظر حكم محكمة الاسـكندرية الابتدائية ٢١ ابريل سـنة ١٩٥٧ (المحاماة ١١٢٥/٥١٤/٣٨) : « اذا ارتكب الوكيل عملا غير مشروع نشـأ عنه ضرر للغير فان الموكل لا يكون مسئولا عن تعويض ذلك الضرر الا اذا توافرت فى علاقته بوكيله عناصر التبعية المتميزة عن أركان عقد الوكالة ، والوكالة بذاتها لا تكفى لاعتبار الوكيل تابعا للموكل بالمعنى المقصود فى المادة ١٧٤ مدنى وانما ينبغى النظر على ضوء الظروف وعقد الوكالة نفسه الى توافر أو عدم توافر عناصر رابطة التبعية من وجود سلطة فعلية للموكل على الوكيل مقترنة بالتوجيه والرقابة » .

العلاقة ليست بحال الأساس الذى تقوم عليه مسئولية الأصيل عن خطأ النائب (١) .

لهذا اتجه الفقه فى الزمن الأخير الى ابراز المعنى المتقدم مقررا أن المسئولية التى تقع أحيانا على الأصيل نتيجة لخطأ نائبه ليست من آثار النيابة وانما هى من قبيل مسئولية المتبوع عن خطأ التابع (٢) .

---

(١) أنظر مادراى ص ٢٣٦ ـ ٢٣٧ حيث يضرب مثالين لنيابة تقترن بها رابطة تبعية ولنيابة لا يقترن بها أى عنصر من عناصر التبعية . وأنظر فى هذا المعنى رواست ص ١٩٧ ـ ١٩٨ حيث يسوق حكمين لمحكمة النقض الفرنسية أولهما حكم ١٦ يونيو سنة ١٩٣٦ المشار اليه فى الحاشية السابقة والثانى حكم ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الصادر فى شأن نيابة كانت تقترن بها علاقة تبعية .

(٢) رواست ص ١٩٨ ـ رواست فى مجموعة أعمال جمعية هنرى كابيتان جـ ٤ ص ١١٤ ـ فون توهر ص ٢٨٧ ـ بلجساى ص ١٣ وأنظر المراجع المشار اليها فى حاشية البند السابق .

هذه وقد نشأت فى الفقه الايطالى فى مطلع هذا القرن نظرية مبتدعة قال بها الأستاذ كيرونى (« الخطأ فى القانون المدنى ـ الخطأ غير التعاقدى » ـ جـ ١ بند ١٥٩ وما بعده وأنظر تلخيص نظريته فى ديموج : الالتزامات جـ ٥ بند ٨٨٣) ومؤداها تأسيس مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة على فكرة النيابة فهو يرى أن رابطة التبعية تؤدى الى مساءلة المتبوع عن أفعال تابعة لأن بين التابع والمتبوع علاقة نيابة rappresentanza بحيث يكون كل فعل يقوم به النائب (التابع) بصفته هذه وفى حدود وظيفته منسوبا للأصيل (المتبوع) ومعتبرا فعلا له وعلى ذلك تعد مسئولية الأصيل فى هذه الحالة مسئولية عن فعل نفسه اذ أن الأثر القانونى للنيابة هو ادماج شخصية النائب فى شخصية الأصيل بحيث تستغرق هذه تلك وتكون أفعال النائب بصفته نائبا هى أمام الغير أفعال الأصيل نفسه (كيرونى : المرجع السابق بند ١٥٩ ص ٣٧١) فالتابع عند كيرونى ليس الا أداة للمتبوع بحيث أنه بمجرد وقوع الفعل الضار ونسبته الى التابع تقوم مسئولية المتبوع مباشرة ، وتلك عنده هى النتيجة الحتمية لقيام علاقة النيابة بين التابع والمتبوع (المرجع السابق بند ١٦٠ ص ٣٧٣) وبتفسير مسئولية المتبوع على هذا الأساس يرى كيرونى أنه يمكن تبرير عدم تمكين القانون للمتبوع من التخلص من المسئولية باثبات عدم خطئه أو تقصيره وذلك لأن الفعل الضار الذى ارتكبه التابع انما هو من الوجهة القانونية فعل المتبوع نفسه طبقا لفكرة النيابة (المرجع السابق بند ١٦٢ ص ٣٨٤) وتعبير « النيابة » يجب أن يفهم فى هذا الصدد فهما واسعا بحيث لا يقتصر معناها على الوكالة والفضالة وانما يتسع فيشمل كل حالة يعهد فيها شخص لآخر بالقيام بعمل باسم الأول ولحسابه أو يصادق على العمل ولو لم يكن هناك تكليف سابق به (المرجع السابق بند ١٦٣ ص ٣٨٧) وبهذا التحديد يتسع معنى هذا التعبير بحيث يشمل صورتين : الأولى صورة النيابة بمعناها الدقيق rap. vera e propria وهى التى

وقد أصلت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث نسبيا (١) التفرقة بين مجالى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية فى علاقة النائب بالأصيل وبالغير الذى أصابه الضرر اذ قررت أنه اذا كان تنفيذ

تتجه فيها ارادة الطرفين الى احداث علاقة نيابة • والصورة الثانية صورة النيابة بوجه عام rap. in genere وتشمل سائر الحالات التى يقوم فيها شخص يعمل باسم ولحساب شخص آخر (المرجع السابق بند ١٦٥) والنيابة بنوعيها هذين قد تكون اتفاقية أو قانونية وذلك بحسب ما اذا كان الاتفاق أو القانون هو الذى يتولى اعطاء صفة النائب أو الأصيل والمسئولية فى الحالتين تقع على الأصيل متى تصرف النائب بصفته نائبا فى حدود وظيفته فوقع منه فعل ضار •

هذا هو مجمل نظرية كيرونى فى تبرير افضاء رابطة التبعية الى مسئولية المتبوع عن فعل تابعه ولا يستطيع الناظر فيها أن ينكر عليها الرونق والتماسك الفنى كما أنها تشرح كثيرا من أحكام مسئولية المتبوع شرحا مرضيا • الا أنها مع هذا لا تسلم على النقد فهى تتعارض مع صريح نص القانون الذى يقرر أن مسئولية المتبوع عن فعل تابعه انما هى مسئولية عن فعل الغير (وهذا واضح من الفقرة الأولى للمادة ١٣٨٤ فرنسى المقابلة للمادة ١١٥٣ من القانون الايطالى القديم) بينما منطق نظرية النيابة يفضى الى القول بأن المسئولية هنا مسئولية عن فعل الشخص نفسه • كما أنه لا يمكن فى صدد المسئولية الخطئية القول بقيام علاقة نيابة بالمعنى الفنى الدقيق بين التابع والمتبوع الا بتجوز شديد فالنيابة مؤداها احلال ارادة النائب محل ارادة الأصيل فى القيام بتصرف معين وليس كذلك التابع الذى يقوم تحت اشراف متبوعه بخدمات مادية له اذ ليس هنا حلول ارادة محل أخرى واذن ففى هذه النظرية خلط بين مجال التصرفات القانونية وبين مجال الوقائع القانونية • لهذا كله لم تلق هذه النظرية قبولا حتى من الفقه الايطالى (أنظر فى نقدها تفصيلا : جيورجى : نظرية الالتزامات فى القانون الايطالى الحديث جـ ٥ بند ٢٥٢ مكرر ثالثا) ويكفينا لاطراحها أن القانون المدنى المصرى ـ اتباعا للمستقر فى القضاءين المصرى والفرنسى ـ يجعل من الخطأ المفترض أساسا لمسئولية المتبوع (المذكرة الايضاحية على المادة ١٧٤) واذن فلا حاجة الى البحث عن أساس تلك المسئولية فى فكرة النيابة على مافى الاستناد اليها فى هذا الصدد من عيوب جوهرية سلف عرضها •

على أن من الفقهاء الفرنسيين المحدثين من يأخذ بالفكرة المتقدمة ـ ولو بشكل عام اقل وضوحا وتحديدا مما جاء به كيرونى ـ وهما الأستاذان هنرى وليون مازو (مازو : « الموسوعة النظرية العلمية للمسئولية المدنية » جـ ١ بند ٨٥٩ و ٧٤٣ وأيضا بند ٩٢٨ وما بعده) •

(١) نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٦٤ ـ المجموعة الرسمية لأحكام محكمة النقض الفرنسية ٣٥/٥١/١/١٩٦٤ •

Cass. civ. 28 janvier 1964, Bull. civ. I, No. 51, p. 35.

وبالمعنى نفسه نقض تجارى ٩ مارس ١٩٧٧ ـ دالوز D. 1977, Inf. rap. 248.

الالتزامات العقدية الناشئة عن تصرفات عقدها الوكيل لحساب الموكل وباسمه يقع على عاتق هذا الأخير وحـــده فان الوكيل يظل مع ذلك مسئولا شخصيا قبل الغير عن الضرر الذى قد ينتج عن الجنح وأشباه الجنح التى يرتكبها ـ سواء من تلقاء نفسه أو بنـــاء على تعليمات الموكل ـ أثناء تنفيذ مهمته ٠

ولما كان الأمر أوضح من أن يحتاج الى اطالة فاننا لن نتوسع فى التدليل على خروج مسئولية الأصيل عن خطأ النائب من نطاق البحث فى النيابة مكتفين بالاشـارة الى أنه فى حـالة الخطير يظل النـائب مسئولا قبل الغير ـ وحده أو مع الأصيل حسب الأحوال ـ بينمـا حكم النيابة هو اقتصار الآثار القانونية للتصرف على الأصـيل دون النائب الذى يظل أجنبيا عن تلك الآثار ، كما أنه لا يمكن القول بأن نية النائب وهو يرتكب الخطأ انصرفت الى ارجاع آثاره الى الأصـيل واذن فلا يسوغ القول بأن هذه المسئولية أثر من آثار النيـابة (١) ، وبالتالى فلا علينا ان لم نسهب فى بيان أحوال هذه المسئولية وأحكامها لخروج ذلك كله عن نطاق هذا البحث ٠

---

(١) قارن نقض مدنى ١٤ نوفمبر ١٩٦٧ ـ مجموعة المكتب الفنى ١٨/٢٤٩/١٦٤٩ ـ حيث تقرر المحكمة أن الأصيل مســئول عن خطأ الوكيل فى حدود قواعد المســئولية التقصيرية وكذلك فى حدود قواعد الوكالة نفسها ولا نرى أن هذا الحكم قاطع فى أخذ المحكمة بالرأى المخالف لما جاء بالمتن فهى قد نقضت الحكم الاسـتئنافى لقصـور فى التسبيب اذ لم يرد ردا وافيا على دفاع الطاعن وهو سمسار صدر له من أحد عملائه تفويض موضوعه شراء عقار وحصل السمسار خلال مدة التفويض على موافقة البائع وكان العميل قد سافر تاركا لزوجته توكيلا بالشراء وامتنعت الوكيلة عن ابرام العقد فأخذت محكمة النقض على الحكم أنه لم يبحث موقف الزوجة من الصفقة ولم يبين السبب الذى دعاها الى عدم اتمام العقد ٠ ويبقى بعد ذلك فى صورة ما اذا تم هذا البحث وثبت على الوكيل خطأ موجب لتعويض السمسار أن نعرف هل يكون الموكل نفسه أم الوكيل فقط مسئولا عن هذا الخطأ وما هى « قواعد الوكالة نفسها » التى تجعل الموكل مسئولا عن خطأ وكيله فى حالة عدم قيام رابطة تبعية بينهما تجعله مسئولا عن خطأ تابعه طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية ٠

الفصل الثانى

أثر النيابة بالنسبة للنائب

١٦٠ ــ لما كانت نتائج التصرف الحاصل بطريق النيابة تقع فى ذمة الأصيل مباشرة فان النائب يظل غريبا عن آثار ما عقده من تصرف باسم الأصيل فهو لا يلتزم بذلك التصرف ولا يرتبط بمقتضاه مع الغير على أى وجه كان وهكذا نجد النائب الذى كان له الدور الأكبر ابرام التصرف غير ذى دور فى الالتزام بأحكام ذلك التصرف فهو بمجرد ابرامه ينسحب من ميدان العلاقة التعاقدية تاركا بين الأصيل وبين الغير الذى تعاقد مع النائب رابطة قانونية مباشرة يحكمها ذلك التصرف المبرم بين النائب والغير (١) .

على أن نيابة النائب الاتفاقى قد تشمل ــ فضلا عن ابرام التصرف ــ تنفيذ التصرف الذى أبرمه وفى هذه الحالة يكون له بصفته نائبا وطبقا لهذه الحدود الواسعة لنيابته أن يفى ويستوفى وأن يقاضى ويقاضى للتوصل الى تنفيذ العقد ولكن ذلك كله بصفته نائبا ولحساب

---

(١) نقض مدنى ١٣ يونيو ١٩٧٤ ــ مجموعة المكتب الفنى ٢٥/١٧٢/١٠٤٦ وفيه رفضت المحكمة الطعن فى حكم كان قد قضى بعدم قبول الدعوى الناشئة عن عقد أبرمه الوكيل فى حدود نيابته والمرفوعة من الغير الذى تعاقد معه ضد الوكيل بصفته الشخصية قائلة ان « النعى على (الحكم) بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس » .

لأصيل لا لحساب نفسه • وقد نصت المادة ٨٠٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى فى هذا الصدد على أنه : « يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لاجباره على قبول تنفيذ العقد حين يكون تنفيذه داخلا حتما فى وكالته » •

وفى حالات النيابة الضرورية (القانونية) يلاحظ أن الأصيل بحكم نقص أهليته لا يستطيع أن يباشر تنفيذ العقد الا بواسطة نائبه ، ولذا فان نيابة النائب القانونى تتسع دائما لتنفيذ العقود التى يبرمها باسم الأصيل ولحسابه فله الوفاء والاستيفاء كما أن له التقاضى مدعيا ومدعى عليه غير أن ذلك كله بصفته نائبا يعمل باسم الأصيل ولحسابه فهو فى تنفيذ التصرف أيضا مجرد نائب كما كان شأنه فى ابرامه فليس عليه التزام شخصى ولا له حق شخصى قبل الغير الذى تعاقد معه •

على أن عدم التزام النائب قبل الغير بمقتضى التصرف الحاصل بطريق النيابة لا يعنى فى كافة الصور عدم ارتباط النائب مع الغير بنحو ما ، فقد يقع من النائب بمناسبة ابرام التصرف خطأ فى حق الغير فيلتزم قبله بمقتضى ذلك الفعل كما قد يلتزم النائب قبل الغير المتعاقد معه نتيجة لتجاوزه حدود مكنته و لاتتحاله صفة النيابة كما فصلناه فى كلامنا على مدى النيابة (١) على أنه لا يخفى أن هذه الروابط التى قد تنشأ فى بعض الصور بين الغير والنائب ليست بحال من آثار التصرف الحاصل بطريق النيابة وانما هى روابط قانونية متميزة نشأت بمناسبة ابرام التصرف المذكور لا كنتيجة لذلك التصرف (٢) •

---

(١) أنظر آنفا بند ١١٨ وما بعده •

(٢) نقض فرنسى (مدنى) ٢٨ مايو سنة ١٩٤٠ — سيريه ٦٤/١/١٩٤٠ :

« اذا كانت القاعدة أن تصرفات الوكيل التى يبرمها بصفته تلك فى حدود مكنته لا تترتب عليها مسئولية تعاقدية قبل الغير الا فى ذمة الموكل ، فان الوكيل يمكن مع ذلك أن يلزم قبل الغير بمقتضى مسئولية تقصيرية بسبب الأفعال الضارة التى يرتكبها أثناء تنفيذ الوكالة » •

« Si, en pdincipe, les actes juridiques accimplis par le mandataire, agis-
« sant en cette qualité et dans la mesure de ses pouvoirs, ne font naître de

١٦١ — ليس من آثار النيابة اذن نفاذ التصرف الحاصل بطريق النيابة فى حق النائب والتزامه بمقتضى ذلك التصرف ، وعلى هـذا وتطبيقا لهذا المعيار يمكننا أن نستبعد من نطاق النيـابة أوضاعا قد تختلط بالنيابة وهى أوضـاع منها ما لم يعد الآن خروجه عن نطـاق النيابة محل شك عند غالبية الفقهاء ومنها مالا يزال كثير من الفقهـاء يعتبره من صور النيابة وتطبيقاتها •

فمن النوع الأول الاشتراط لمصلحة الغير وهو نظـام يشتبه بالنيابة من حيث اشتماله على أطراف ثلاثة : المشترط والمتعهد والمنتفع كما أنه يشتبه بها من حيث أنه ينشىء للمنتفع حقا مبـاشرا بمقتضى تصرف لم يشترك فى ابرامه الا أن تميزه عن النيـابة يجب أن لا يكون محل شك لأن المشترط يلتزم بالعقد الذى يبرمه مع المتعهد وهو طرف أصيل فيه فذلك العقد وان كان ينشىء للمنتفع حقـا مباشرا الا أنه لا يفتأ يربط المشترط بالمتعهد بخلاف الحال فى النيابة اذ نجد النائب غير مرتبط مطلقا بالعقد الذى يبرمه مع الغير باسم الأصيل • هـذا فضلا عن أن مقتضى النيابة هو ايقاع آثار العقد كلها من حقـوق والتزامات فى ذمة الأصيل بينما أن الاشتراط لمصلحة الغير من شأنه أن يكتسب المنتفع حقا دون الالتزامات التى لا يتحمل المنتفع منهـا بشىء بل هى تقع على عاتق المشترط (١) •

« responsabilité contractuelle envers les tiers qu'à la charge du mandant, le « mandataire peut cependant être tenu à leur égard r'une responsabilité délic- « tuelle ou quasi-délictuelle à raison des actes illicites et dommageables qu'il a « accomplis dans l'exercice de son mandat ». Cass. (civ.) 28 mai 1940 — S. 1940.1.64.

(١) الرأى الأعم فى الفقه هو ما قدمناه من تميز الاشـتراط لمصلحة الغير عن النيابة : أنظر رواست ص ١٨ ـ ٢١ ومادراى ص ١٨٠ ـ ١٨٢ وكولان وكابيتان ج ٢ ص ٣٢٠ وفلاتيه بند ٣ ص ٤ ـ ٥ والسنهورى فى نظرية العقد بند ٨٠٤ أنظر من الرأى العكسى كلاريز ص ١٣١ ـ ١٣٤ وحيث ينضم المؤلف الى الرأى القديم الذى كان يفسر الاشتراط لمصلحة الغير على أساس الفضالة وينتهى الى أن المشـترط يعتبر نائبا عن المنتفع فى جزء من التصرف وأصيلا فى الجزء الباقى • والواقع أن فى تجزئة التصرف =

١٦٢ ــ ومن الحالات التى ما زالت أغلبية الفقهاء تراها من تطبيقات النيابة حالة التضامن السلبى اذ يقال ان بين المدينين المتضامنين نيابة تبادلية فى كل ما لا يزيد من عبء الالتزام بحيث يعتبر كل مدين نائبا عن سائر المتضامنين فى التصرفات النافعة لهم أى المؤدية الى تخفيف عبء الالتزام وتسمى هذه النيابة « بالنيابة الناقصة » نظرا لاقتصار أثرها على التصرفات النافعة دون سواها (١) .

ولفكرة « النيابة التبادلية » بين المدينين المتضامنين أصل فى النصوص التشريعية فقد كانت المادة ١٠٨ من القانون المدنى المصرى القديم تنص على أنه فى حالة التضامن « يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضا ووكلاء عن بعضهم بعضا فى وفاء المتعهد به وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والوكالة » .

أما القانون الحالى فانه وان أغفل النص على الوكالة أو النيابة فقد جاء بنصوص عديدة مبناها فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين كما صرحت بذلك المذكرة الايضاحية (٢) اذ أشارت الى أن

= بهذا الشكل المصطنع تضييعا للمعالم الخاصة لكل من نظامى النيابة والاشتراط لمصلحة الغير كما أن الرأى القديم الذى كان يرى فى الاشتراط لمصلحة الغير فضالة انما كان مبناه الرغبة فى تبرير كل نظام قانونى جديد بادخاله ضمن نطاق أحد النظم القائمة أما الآن فلا شك فى استقلال الاشتراط لمصلحة الغير كنظام قانونى قائم بذاته له فى القانون تطبيقات عديدة تتزايد مع تطور المجتمع باستمرار فلا محل لمحاولة تبريره على أساس الفضالة أو للخلط بينه وبين النيابة . انظر فى تفصيل التمييز بين الاشتراط لمصلحة الغير وبين الفضالة : السنهورى فى نظرية العقد بند ٨٠٥ ورواست ص ١٩ ــ ٢١

(١) السنهورى فى الموجز بند ٥١٠ وحشمت أبو ستيت بند ٧١٠ ومادارى ص ٧٨ ــ ٨٧ ورواست ص ٢٩ ــ ٣٦ ويلاحظ أن المؤلف الأخير بعد أن قرر فى الموضع المذكور من دروس الدكتوراه لسنة ٤٧ ــ ١٩٤٨ أن جمع عناصر النيابة تتوفر فى علاقة المدينين المتضامنين عدل عن هذا الرأى فى تقريره المنشور فى مجموعة أعمال جمعية هنرى كابيتان ج ٤ (المطبوع سنة ١٩٤٩) ص ١١٦ حيث يقول ان علاقة المدينين المتضامنين تتميز عن النيابة وانه ينبغى تفسير تلك العلاقة بغير اللجوء الى فكرة النيابة .

(٢) على المادة ٢٩٢ (المادة ٤١٦ من المشروع التمهيدى) .

النصوص الجديدة تستبعد فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين كلما كان فيها ما يسيء الى مركزهم وبالعكس تأخذ بتلك الفكرة كلما كان في اعمالها منفعة لمن تنتظمهم رابطة التضامن •

وعلى هذا فتصرفات المدين المتضامن تنسحب آثارها على سائر المتضامنين معه كلما كان في ذلك منفعة لهم فمن ذلك اعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن ، فان باقي المدينين يستفيدون من هذا الاعذار (مادة ٢٩٣ فقرة ثانية) ومن ذلك الصلح الذى يبرمه أحدهم مع الدائن ويتضمن الابراء أو براءة الذمة فهذا الصلح ينتج أثره فى حق باقى المتضامنين (المادة ٢٩٤) وغنى عن الذكر أن قيام أحد المتضامنين بالوفاء ينتج عنه — فى علاقة المدينين بالدائن — براءة ذمة سائر المتضامنين (١) •

١٦٣ — على أننا لا نرى فى هذه الأحكام كلها نيابة حقيقية وعندنا أن امعان النظر يؤدى الى القول بأن فى نسبة هذه الأحكام الخاصة بالتضامن الى النيابة وفى اعتبارها تطبيقات لما يسمى بالنيابه التبادلية الناقصة خروجا على الدقة الواجبة وتجاهلا للمميزات الجوهرية لنظام النيابة بمعناه الفنى الدقيق •

وان تطبيق المعيار الذى نحن بصدده — ألا وهو عدم نفاذ التصرف الحاصل بطريق النيابة فى حق النائب وعدم التزامه بآثار ذلك التصرف — ليؤدى حتما الى اخراج التضامن السلبى من حالات النيابة اذ أن المدين المتضامن فى تصرفه العائد على المتضامنين بالنفع (وهو التصرف الذى يقال انه نائب فيه عن سائر المتضامنين) لا يعمل على ايقاع آثار تصرفه فى ذمة زملائه وانما هو يعمل لحساب نفسه أولا

(١) للفكرة المسماة بالنيابة التبادلية بين المتضامنين تطبيقات أخرى أكثر لصوقا بقانون المرافعات ولهذا رأينا اغفالها هنا وهى مذكورة فى مواضعها من المؤلفات العامة •

وآثار ذلك التصرف لا تنصرف الي زملائه دونه (شأن كل تصرف ينطوى على نيابة حقيقية) وانما تنصرف اليه هو أولا ثم الى زملائه معه تبعا • وما دام المدين المتضامن لا يظل غريبا عن آثار التصرف الذى أجراه فلا يمكن أن يقال انه فى ذلك التصرف كان نائبا عن سائر المتضامنين والا كان ذلك تشويها لنظام النيابة وطمسا لمعالمه ومميزاته الجوهرية •

ودليل انتفاء كل نيابة حقيقية فى نطاق التضامن ليس فقط فيما تقدم بل أيضا فى انتفاء شرط هام من شروط النيابة فى جميع تلك الحالات ألا وهو شرط التصرف باسم الأصيل أو اتجاه ارادة النائب والغير المتعامل معه الى صرف آثار التصرف الى الأصيل • فالمدين المتضامن اذ يجرى تصرفا ينطوى على تخفيف عبء الالتزام يفيد بتصرفه هذا سائر زملائه بحكم القاعدة القانونية وبصرف النظر عن اتجاه ارادته الى ذلك وقت اجراء التصرف اذ أن استفادة سائر المتضامنين من تصرف زميلهم النافع هو حكم القانون غير مشروط بقصد المتصرف وغير معلق على اتجاه ارادته تلك الوجهة ، فكلما أجرى مدين متضامن تصرفا نافعا انعكس أثر تصرفه هذا على سائر المدينين المتضامنين بغير توقف على ارادة المتصرف • وليس كذلك شأن النيابة لأن الأمر فيها يتطلب انصراف ارادة المتصرف الى توجيه آثار تصرفه نحو الأصيل وبغير وجود هذه الارادة (واشتراك الغير المتعاقد مع النائب فيها حقيقة أو حكما على ما سبق تفصيله) لا يتحقق حكم النيابة ولا تنصرف آثار التصرف الى الأصيل فالتضامن السلبى على هذا لا ينطوى على نيابة بالمعنى الصحيح وانما سريان أثر التصرف

الدفع الذى يجريه أحد المدينين فى حق سائرهم هو من قبيل ما يسمى « بالآثار المنعكسة » للتصرف القانونى (١) .

١٦٤ — وثمة وضع آخر لا ينطوى على نيابة حقيقية اذ أن الشخص الذى قد يشتبه بالنائب فى الوضع المذكور يلتزم التزاما شخصيا مما يخرج هذا الوضع من نطاق النيابة رغم اللبس اللفظى الذى قد يسبق الى الأذهان ونعنى بهذا الوضع الانابة فى الوفاء .

وقد نظم القانون المدنى المصرى الانابة فى الوفاء فى مواد ثلاث هى المواد ٣٥٩ ، ٣٦٠ و ٣٦١ و « تتم الانابة (فى الوفاء) اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين » (مادة ٣٥٩) .

فهنا نجد أمامنا ثلاثة أطراف : المنيب وهو المدين الأصلى ويشتبه بالأصيل ، والمناب ويشتبه بالنائب ، والمناب لديه وهو الدائن ويشتبه بالغير الذى يتعامل معه النائب .

على أنه ينبغى الاحتراز من الاندفاع فى التشبيه فغير صحيح أن المناب هو نائب فى الوفاء عن أصيل فى التصرف هو المنيب ، وذلك لأن الانابة فى الوفاء يترتب عليها نشوء التزام شخصى جديد فى ذمة المناب قبل المناب لديه وهذا واضح من نص المادة ٣٥٩ ذاتها اذ تقرر أن الشخص الأجنبى (أى المناب) « يلتزم بوفاء الدين مكان المدين »

---

(١) استعمل هذا التعبير فون توهر ص ٢٨٧ وحاشية ٣٦ وهو يعنى به الآثار التى تنسحب على الغير بلا توقف على ارادة المتصرف .

« Si quelle que soit la volonté des parties un acte juridique influe sur la « sphère judidique d'un tiers, il n'y a là aucun rapport de représentation. Dans « des cas de ce genre on parle des « effets reflexes » de l'acte juridique. Ainsi « le payement fait par l'un des rébiteurs solidaires libère les autres.. même si « l'auteur du payement ne savait pas que son acte aurait cet effet ou ignorait « cet effet ou ignorait même l'existence d'un codébiteur ». Von Tuhr : op. cit., p. 287 et note 36.

واذن فالمناب اذ يقوم بالوفاء انما ينفذ التزاما شخصيا عليه فهو ليس نائبا في ذلك التصرف عن الملتزم الأصيل .

والانابة في الوفاء ان انطوت على تجديد للالتزام بتغيير المدين وهو ما يسمى بالانابة الكاملة (مادة ٣٦٠/١) يترتب عليها براءة ذمة المنيب والتزام المناب وحده قبل المناب لديه ، وان كانت الانابة في الوفاء لا تنطوي على تجديد للالتزام وهو ما يسمى بالانابة الناقصة كنا أمام التزام جديد واقع على عاتق المناب يضاف الى الالتزام القديم الواقع على المنيب ويكون للمناب لديه أن يطالب أيهما شاء (١) وفي كلتا الصورتين يتضح مدى ما بين الانابة في الوفاء وبين النيابة من بون شاسع اذ أن من خصائص النيابة الجوهرية عدم التزام النائب بشيء من آثار التصرف الحاصل بطريق النيابة .

١٦٤ مكرر – تناولنا آنفا في البند ١١٨ وما بعده حالات مسئولية النائب أو المنتحل صفة النائب ، قبل الغير الذي يتعاقد معه ونطاق تلك المسئولية وأساسها وأوضحنا ثمة أن تلك المسئولية هي جزاء تجاوز النائب حدود نيابته أو جزاء انتحال صفة النائب حيث لا انابة وأنها لذلك لا تدخل ضمن آثار النيابة بالمعنى الصحيح ولذلك نكتفي هنا بالاحالة الى ما قلناه في ذلك الموضع .

---

(١) أنظر السنهوري في الموجز بند ٥٨٠ – ٥٨٢ . والمذكرة الايضاحية على المواد ٣٥٩ – ٣٦١ (المواد ٤٩٦ – ٤٩٨ من المشروع التمهيدي) .

الفصل الثالث

أثر النيابة بالنسبة للغير

١٦٥ ـ لا مجال للاطالة فى بيان أثر النيابة بالنسبة للغير المتعاقد مع النائب فقد تبين جليا مما تقدم لنا من القول أنه بمجرد انعقاد العقد الذى يبرمه النائب مع الغير ينسحب النائب من ميدان العلاقة التعاقدية تاركا الأصيل والغير وهما طرفاها اللذان ترجع اليهما وحدهما آثار العقد المبرم بطريق النيابة .

فحكم قاعدة النيابة يتجلى فى ايجاد رابطة مباشرة بين الأصيل وبين الغير الذى تعاقد معه النائب باسم الأصيل فيكتسب هذا الغير قبل الأصيل كافة الحقوق التى تنشأ عن ذلك العقد كما يلتزم نحو الأصيل بكافة الالتزامات التى تنشأ عنه فيرجع على الأصيل بماله ويرجع عليه الأصيل بما عليه مباشرة دون مدخل للنائب .

على أن انتفاء الصلة التعاقدية بين الغير وبين النائب لا يمنع فى بعض الصور رجوع الغير على النائب كنتيجة لخطأ يقع من الأخير بمناسبة التعاقد وينشأ عنه ضرر للغير ، على أن هذا الرجوع هو من آثار المسئولية التقصيرية وليس بحال من آثار العقد الحاصل بطريق

النيابة وعلى ذلك لا ينطوى رجوع الغير على النائب فى هذه الصــور على ارتباط من النائب بآثار التصرف المبرم باسم الأصيل ولا تعتبر المسئولية التى قد تقع على النائب قبل الغير أثرا من آثار النيــابة وبذلك تخرج تلك المسئولية عن النطاق الذى التزمناه طوال هــذه الدراسة وقد تقدم لنا تفصيل ذلك (١) وفضلا عن حالات ارتكاب النائب لعمل غير مشروع تترتب عليه مسئوليته التقصيرية قبل الغير الذى يتعامل معه نجد هناك حالات تجاوز النائب لحدود نيابته وهذا التجاوز ــ الذى قد لا يصل الى مرتبة الخطأ التقصيرى ــ يؤدى كذلك الى ترتيب آثار معينة فيما بين النائب والغير وقد تقدم لنا تفصيل تلك الآثار وبيان حالاتها وتأصيل أساسها القانونى مما نكتفى معه هنا بمجرد الاحالة الى ما تقدم فى هذه المسألة (٢) .

---

(١) أنظر آنفا بند ١٥٨ وما بعده .

(٢) أنظر آنفا بند ١١٨ وما بعده .

فى انقضاء النيابة

١٦٦ ــ يرتبط البحث فى انقضاء النيابة أوثق ارتباط بالعلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أى بالعقد الذى صدرت الانابة بمناسبته أو بالاستناد اليه ، وهذا ما جعل المشرع الألمانى ينص فى المادة ١٦٨ من قانونه المدنى على أن انقضاء الانابة يتقرر طبقا للعلاقة القانونية التى صدرت الانابة ارتكانا اليها • وهذا أيضا ما حدا بمعظم من كتبوا فى النظرية العامة للنيابة الى اخراج انقضاء النيابة من نطاق أبحـاثهم لكون أسباب انقضائها متعددة ومتنوعة بتنوع العلاقات القانونية التى تربط النائب بالأصيل •

على أنه لا بأس ــ استيفاء للبحث ــ من أن نستعرض الأسباب العامة لانقضاء النيابة بصرف النظر عما بين الأصيل ونائبه من علاقة داخلية ودون أن تتناول أسباب الانقضاء التى تكون ظاهرة من صيغة الانابة نفسها أو من الظروف المحيطة بها كانقضاء مدتها أو انتهـاء العمل المناب فيه أو استحالة القيام بذلك العمل أو تحقق شرط فاسخ علق عليه الأصيل انقضاء الانابة ومثل هذا النوع من أسباب الانقضاء هى التى نصت عليها ــ فى خصوص الوكالة ــ المادة ٧١٤ من القانون المدنى المصرى بقولها :

« تنتهى الوكالة باتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة .. » .

وهذه المادة تقابلها فى التقنين المدنى السورى المادة ٦٨٠ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٧١٤ وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٩٤٦ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٨٠٨ وفى قانون الوكالة السودانى المادة ٣٦ وفى التقنين المدنى الجزائرى المادة ٥٨٦ وفى مجلة الالتزامات والعقود التونسية الفصل ١١٥٧ وفى القانون المدنى الأردنى المادة ٨٦٢ .

وفيما عدا هذا النوع من أسباب الانقضاء توجد أسباب أخرى لانقضاء النيابة منها ما يترتب عليه انقضاؤها بحكم القانون تأسيسا على تحقق واقعة متعلقة بشخص الأصيل أو متعلقة بشخص النائب ومنهـا أسباب اختيارية ترجع الى ارادة الأصيل أو الى ارادة النائب . واذن فتنقسم أسباب انقضاء النيابة الى أسباب انقضاء بحكم القانون والى أسباب اختيارية والنوع الأول ينقسم بدوره الى ما يتعلق بشـخص الأصيل من وقائع يرتب عليها القانون انقضـاء النيابة والى ما يتعلق بشخص النائب من تلك الوقائع ، أما أسباب الانقضاء الاختيارية فمنها كذلك ما يرجع الى الأصيل ومنها ما يرجع الى النائب .

الفصل الأول

أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون

تجمع أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون علة واحدة هي أن العلاقة بين الأصيل والنائب تقوم على اعتبار شخصي من شأنه ألا تستمر تلك العلاقة متى طرأت على النائب أو على الأصيل واقعة من شأنها المساس بذلك الاعتبار الشخصي الملحوظ فيما يربطهما من علاقة وهذه الأسباب قسمان :

هذه الأسباب (١) هي الموت وفقد الأهلية والافلاس .

١٦٧ — ١ — موت الأصيل :

فالأصل أن موت الأصيل ينهي النيابة وهو ما نصت عليه في خصوص الوكالة المادة ٧١٤ من القانون المدني المصري في ختامها .

وانقضاء الانابة بموت الأصيل ليس حكما آمرا اذ يستطيع الأصيل في النيابة الاختيارية (الاتفاقية) أن ينص على استمرار النيابة برغم موته مع حلول ورثته محله واذن فتستمر النيابة في هذه الحالة وتقع آثار تصرفات النائب في تركة الأصيل على أن للورثة — كما لكل أصيل — أن يضعوا حدا لنيابة نائبهم بعزله .

(١) أسباب انقضاء النيابة المتعلقة بشخص الأصيل .

كذلك فان الانابة المعطاة لصالح النائب أو لصالح الغير لا تنقضى بموت الأصيل والا لفات الغرض منها كمن ينيب آخر فى قبض حق له ووفاء دين عليه للغير من حصيلة ما يقبض أو فى استيفاء دين شخصى للنائب من ذلك المال (١) •

هذا وان الأصل فى العقود أن أثرها ينصرف الى المتعاقدين والى الخلف العـام ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعـامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام ، وهـذا هو حكم المادة ١٤٥ من القانون المدنى المصرى ، فكأن القاعدة العامة اذن هى أن آثار العقود لا تقتصر على أشخاص أطرافهـا بل تجاوزهم الى من يخلفهم خلافة عامة والاستثناء من هذه القاعدة هو عدم انصراف الأثر الى الخلف العام فى الحالات التى تكون فيها العلاقة التعاقدية شخصية بحته وهو ما يستخلص من ارادة المتعاقدين ـ صريحة أو ضمنية ـ أو من طبيعة العقد أو من نص فى القانون • ومن قبيل النص فى القانون على ما يخالف تلك القاعدة العامة ما جاء به المادة ٧١٤ من القـانون المصرى اذ نصت على أن الوكالة تنتهى بموت أحد طرفيها ، ذلك لأن المشرع افترض أن ارادة الطرفين الضمنية اتجهت الى انقضـاء عقد الوكالة ـ وكذا الانابة المستندة الى هذا العقد ـ بوفاة أيهما تأسيسا على أن هذا العقد من العقود التى تراعى فيها شخصية كل متعاقد •(٢)

---

(١) السنهورى : الوسيط ج ٧ ـ المجلد الأول ـ ص ٦٥٩ •

(٢) نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٦٨ ـ مجموعة المكتب الفنى ٢٥٤/٣٨/١٩ • وقارن فى القضاء الفرنسى حكم استئناف باريس ١٢ ديسمبر ١٩٦٧ ـ دالوز ٢٧٩/١٩٦٨ وقد قضى بأن نص المادة ٢٠٠٣ مدنى فرنسى الخاص بانقضاء الوكالة بالوفاة ليس نصا آمرا بل هو مكمل لارادة الطرفين وعلى ذلك فلا انطباق له متى صدرت من الموكل ارادة مخالفة ويمكن استخلاص تلك الارادة المخالفة من موضوع الوكالة ومن الغاية التى تستهدفها ، وتطبيقا لذلك فان الوكالة الصادرة الى أحد وكلاء الدعاوى تستمر الى حين انتهاء الخصومة التى وكل فيها وله بتلك الصفة ـ بل عليه ـ أن يقوم باعلان الأحكام الصادرة ولو بعد وفاة موكله • والدعوى التى صدر فيها حكم النقض المصرى المذكور كانت كذلك =

١٦٨ ــ وفيما يتعلق بأثر موت الأصيل على قيام النيابة نجد أن هناك اتجاهات ثلاثة تتجلى فى تشريعات مختلف الدول :

١ ــ فثمة تشريعات تغلب مصلحة استقرار المعاملات واستمرارها على كل اعتبار آخر فلا ترتب على موت الأصيل انقضاء النيابة وانما تنص على استمرارها مع حلول ورثة الأصيل محل مورثهم ومن هذه التشريعات القانون المدنى الألمانى (م ٦٧٢) وقانون التجارة الألمانى (م ٥٢) والقانون المدنى الصينى (م ٥٦٤) وقانون العقول الاسكاندينافى (م ٢١) وغيرها •

٢ ــ وهناك فريق آخر من التشريعات يغلب الاعتبار الشخصى فى النيابة وما تقوم عليه من ثقة بين الأصيل والنائب فترتب على واقعة موت الأصيل انقضاء النيابة فورا ومن هذا الفريق القانون الأنجلو ــ أمريكى (١) والقانون المدنى السوفييتى (م ٢٠٠) والقانون المدنى النمساوى (م ١٠٠٢) ومجلة الالتزامات والعقود التونسية (الفصل ١١٥٧) •

٣ ــ وبعض التشريعات قد اختطت سبيلا وسطا بين الاتجاهين المتضادين السابقين فهى مع تقريرها انقضاء النيابة كنتيجة لموت الأصيل

= مرددة بين محام وبين ورثة موكله وقد جاء قضاء محكمة النقض المصرية مخالفا لما قضت به محكمة استئناف باريس على أنه تجدر الاشارة الى واقعة انطوت عليها تلك الدعوى وهى ان معظم ورثة الموكل وكلوا عنهم محامين آخرين بعد وفاة مورثهم كما أن أحد الورثة أصدر الى المحامى نفسه توكيلا جديدا ، على أنه يبقى أن نعرف الى أى حد يعتبر توكيل وكيل ثان عزلا ضمنيا للوكيل الأول متى كان لا تعارض بين التوكيلين ومتى كانت الواقعة التى يراد استخلاص العزل الضمنى منها لم تصل الى علم الوكيل الأول ؟ هذا اذا سلمنا مع حكم استئناف باريس بأن اتجاه ارادة الأصيل الى استمرار الانابة بعد موته يصح أن يستنتج من الظروف وبخاصة من موضوع الانابة ومن الغاية التى تستهدفها •

وانظر فى نفس معنى حكم النقض المدنى المشار اليه : نقض جنائى ٢٣ أكتوبر ١٩٦٧ ــ مجموعة المكتب الفنى ١٨/٢٠٢/٩٩٤ •

(١) ستولجار ص ١٦٨ وسيقى ص ١٠٦ •

تحد من اطلاق هذه النتيجة بتعليق تحققهـا على علم النـائب والغير بهذه الواقعة • ومن هذا القانون المدنى المصرى (م ١٠٧ و م ٧١٣) والقانون المدنى الفرنسى (م ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩) والقانون المدنى الايطالى (م ١٣٩٦) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٣٧) وقانون الموجبات والعقود اللبنانى (م ٨١٩) والقانون المدنى العراقى (م ٩٤٨) •

وهذا الاتجاه الأخير أقرب الاتجـاهات الثلاثة الى التوفيق بين مصالح ذوى الشأن جميعا بما فيهم الغير المتعاقد مع النائب •

ولامكان القول باستمرار النيابة وانتاجها أثرها رغم موت الأصيل يشترط أن يكون النائب والغير يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة أى أن يكون الجهل بالواقعة المنهية للانابة مشتركا بينهما (١) • وهذه القاعدة لا تقتصر على انقضاء النيابة بموت الأصيل بل تعم سائر أسباب الانقضاء •

وعلة اشتراط الاشتراك فى العلم بسبب انقضاء النيابة بين الغير والنائب لامكان القول باستمرار النيابة ظاهرة لأننا بغير ذلك الاشتراك نكون فى أحد وضعين :

١ ــ نائب يجهل انقضاء النيابة يتعامل مع شخص من الغير يعلم ذلك الانقضاء وهنا يكون الغير سيىء النية قطعا ولا تعرض لنا ضرورة حمايته عن طريق سحب أثر النيابة الى ما بعد تحقق سبب انقضائها •

٢ ــ نائب يعلم انقضاء النيابة يتعامل مع شخص من الغير يجهل ذلك ، وهنا نجدنا أمام حالة من حالات تجاوز النائب حدود نيابته وينبغى أن يترك الحكم فيها للقواعد التى تنظم مسئولية مثل ذلك النائب قبل

---

(١) نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٣ ــ مجموعة المكتب الفنى ٧٥٩/١٠٧/١٤ • انظر ص ٧٦٥ ــ ٧٦٦ حيث تقرر المحكمة أن المادة ١٠٧ لا تنطبق متى كان الوكيل عالما بانقضاء نيابه وان ظل الغير المتعامل معه جاهلا هذا الانقضاء •

الغير الذين تعامل معهم ولا مبرر لالزام الأصيل الذى عزل نائبه وأبلغه ذلك العزل أو الأصيل الذى فقد أهليته أو ورثة الأصيل المتوفى نتائج تصرف النائب سيىء النية الذى تعامل مع الغير وهو يعلم انقضاء نيابته.

وحكم المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى ــ وهى المادة الوحيدة بين المواد العامة فى النيابة التى تتعرض لانقضائها ــ ينطبق على جميع حالات النيابة ــ اتفاقية كانت أم قانونية ــ وهو مستحدث فى القانون الحالى الذى تشير مذكرته الايضاحية الى أنه « قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك كما اذا كان يجهل موت الأصيل أو الغاء التوكيل. فاذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة كان تعاقده هذا ملزما للأصيل وخلفائه وقد قصد من تقرير هذا الحكم الى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار » .

ولم يكن قانوننا المدنى القديم يحوى سوى نص المادة ٥٣٠ وحكمها خاص بالوكالة وقاصر على حالة انقضائها بموت الموكل أو بعزل الوكيل . وللقضاء المصرى تطبيقات عديدة لتلك المادة قبل صدور القانون المدنى الحالى فمن ذلك حكم محكمة استئناف مصر فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (١) : « الأعمال التى يجريها الوكيل بعد وفاة الموكل بدون أن يعلم بوفاته تكون صحيحة وقانونية . وتصرف الوكيل وهو لا يعلم بوفاة موكله ليس باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فلا يحتج به الا ورثة الموكل وفى وجه من عامل الوكيل بسوء نية » (٢).

وكذلك حكم محكمة بنى سويف الابتدائية ٩ يناير سنة ١٩٣٦ (٣) « من المجمع عليه قضاء أنه وان كانت الوكالة تنتهى بوفاة

---

(١) المحاماة ١٣ ــ ٣٥٣ ــ ٧١٥ .

(٢) يلاحظ مافى استعمال تعبير « البطلان » فى هذا الحكم من عدم الدقة والصواب « عدم النفاذ » لا « البطلان » .

(٣) المحاماة ١٦ ــ ٢٢٦ ــ ٥٢١ . والمجموعة الرسمية ٣٧ ــ ٢١٤ .

الموكل الا أن أعمال الوكيل التى قام بها بغير علمه بوفاة الموكل تظل صحيحة » . ولكن هل كان القضاء فى ظل القانون القديم يطبق نفس القاعدة فى غير حالة الوكالة ؟

قضت محكمة النقض المصرية (١) فى دعوى ينطبق عليها القانون المدنى القديم بأن حكم المادة ٥٣٠ خاص بالوكالة فلا يسرى على النيابة القانونية بحيث اذا كان المحجور عليه قد توفى قبل صدور قرار المجلس الحسبى باعتماد تصرف القيم فان التصرف المذكور لا يقوم صحيحا ولو كان الغير المتعاقد مع القيم حسن النية بل ولو كانت الوفاة مجهولة وقت التصرف من جميع ذوى الشـأن . وأخذا بهذا المبدأ نقضت المحكمة حكم الاستئناف الذى كان قد قضى بصحة التصرف قياسا على المادة ٥٣٠ باعتبار أن القوامة نوع من الوكالة يسرى عليه حكم تلك المادة . وعندنا أن حكم النقض المذكور يقوم على التضييق من نطـاق المبدأ بشكل لا يتفق وضرورة استقرار المعاملات بينما أن حكم الاستئناف المنقوض كان أكثر تمشيا مع تلك المصلحة وهو الاتجاه الذى أخذ به المشرع فى القانون المدنى الحالى اذ جاء نص المادة ١٠٧ عاما ينسحب على كافة أنواع النيابة من اتفاقية وقانونية بحكم وروده فى صيغة عامة وبين مواد النيابة بوجه عام خـلافا لنص المادة ٥٣٠ من القانون القديم التى وردت فى الباب الخاص بعقد الوكالة .

ونجد فى الشريعة الاسلامية هذه القاعدة عينها فى انقضاء النيابة بموت الأصيل وبعض الأقوال فى مختلف المذاهب تقدير انقضاء النيابة بما يقيده به القانون المدنى من وجوب علم النائب والغير بواقعة موت الأصيل (٢) .

---

(١) أول مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض المدنية ـ السنة الثانية ـ العدد الثانى رقم ٧٣ ص ٣٩٤ وما بعدها .

(٢) المغنى ج ٥ ص ٢٤ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥١ ـ والمدونة الكبرى ـ ١٠ ص ٧٥ وقلت لابن القاسم أرأيت لو أن رجلا أمر رجلا أن يشترى له سـلعة من =

١٦٩ ـ وجدير بالذكر أن عبء الاثبات فى حالة استمرار النيابة بعد تحقيق سبب انقضائها انما يقع على عاتق من علق القانون استمرار النيابة فى هذه الصور على عدم علمهم بواقعة الانقضاء أى على عاتق النائب أو الغير المتعاقد معه بحسب الأحوال ومؤدى ذلك أن الأصيل أو ورثته ليس عليهم لكى يصلوا الى عدم الالتزام بآثار تصرف النائب الا أن يثبتوا حصول الواقعة المنهية للنيابة دون أن يقع على عاتقهم عبء اثبات علم النائب والغير بها ، وعلى هذين ـ أو أحدهما ـ يقع عبء اثبات جهلهما بالعزل أو بالموت أو بفقد الأهلية الذى لحق الأصيل •

وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ (١) أن :

« القانون لم يشترط فى خصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب اعلان الغير بانقضاء الوكالة وانما شرط لنفاذ مثل هذه التصرفات على الموكل أن يكون الغير حسن النية أى غير عالم بانقضاء الوكالة ، ويستتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتمسك فى هذا الخصوص بحسن نيته أى أنه بحسب الموكل الذى يحاج بتصرف أجراه الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة وعلى الغير الذى يبغى الاحتجاج بهذا التصرف ـ ان شاء ـ التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع

= السلع ٠٠ فمات الآمر ثم اشتراها وهو لا يعلم بموت الآمر أو اشتراها ثم مات الآمر ٠٠ (قال) ذلك لازم للورثة كلهم فان اشتراها وهو يعلم بموت الآمر لم يلزم الورثة ٠٠ لأن مالكا سئل عن الرجل يوكل الرجل يجهز له المتاع يبيع له ويشترى فيبيع ويشترى وقد مات صاحب المتاع • (قال) أما ما باع أو اشترى قبل أن يعلم بموت الآمر فذلك جائز على الورثة وأما ما اشترى وباع بعد أن يعلم فلا يجوز ذلك فسألتك مثل هذا لأن وكالته قد انفسخت » •

(١) المحاماة ٣٨ ـ ٣٨٩ ـ ٩٠٨ •

أن تبت فى هذا الدفاع على الوجه الذى رسمه القانون وعلى ذلك فاذا كان التصرف الصــادر من الوكيل قد صدر منه بعد انقضاء الوكالة فلا يجوز للغير التحدى لأول مرة امام محكمة النقض بعدم علمه بهذا الانقضاء متى كان لم يقدم بملف الطعن ما يدل على أنه عندما ووجه امام محكمة الموضوع بذلك الانقضاء تمسك بعدم علمه به » (١) ٠

وقد كان القضاء ميالا أول الأمر الى التشدد مع النائب ومع الغير المتعامل معه فى قبول أدلتهما على جهلهما بالواقعة المنهية للنيابة الا أنه قد لوحظ فى المدة الأخيرة ــ وبصفة خاصة فى القضاء الفرنسى ــ ميل ظاهر نحو التخفيف من عبء اثبات الجهــل بالواقعة الموجبة لانقضاء النيابة ومن تلك الأحكام الاحدث عهدا حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥٤ (٢) واكتفت فيــه المحكمة بظرف صــعوبة

---

(١) أنظر عكس ذلك : السنهورى : الوسيط جـ ٧ ــ المجلد الأول ــ ص ٦٥٨ حاشية ٢ حيث يرى أن حكم النقض المشار اليه غير واضح فى المعنى الذى نقول به ٠ ومحمد على عرفة « شرح القانون المدنى الجديد في التأمين والوكالة ٠٠ الخ » ص ٣٤٦ : « واذا ثار النزاع حول علم الوكيل أو الغير بالعزل أو جهله اياه فانه يكون على الموكل الذى يدعى براءة ذمته من الالتزامات التى عقدها الوكيل المعزول أن يثبت أن احدهما كان على بينة من العزل وقت التعاقد وذلك تطبيقا للقواعد العامة التى تقرر افتراض حسن النية دائما ، فعلى من يدعى أن خصمه كان سىء النية أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه » وكذلك ص ٣٥١ : « ونرى أن على من يدعى علم الوكيل او الغير بالوفاة ٠٠ للتخلص من الالتزامات المترتبة لصالح الثانى أن يثبت واقعة العلم لأن حسن النية مفروض حتى يثبت العكس » ٠

ويلاحظ على رأى الأستاذ الدكتور عرفة فى هذه الخصوصية أن الأمر لا يتعلق بحسن النية أو سوئها فى نطاق الرابطة العقدية التى ثبت قيامها ، وانما يتعلق الأمر بقيام تلك الرابطة العقدية ابتداء أو عدم قيامها ، ولما كان الأصل أن العزل وموت الأصيل وفقده أهليته تنهى النيابة فعلى من يدعى استمرار النيابة اســتثناء من ذلك الأصل أن يثبت توفر أسباب الاستثناء وذلك تطبيقا للقاعدة العامة فى الاثبات وهى أن عبئه يقع على من يدعى خلاف الثابت أصلا ٠ هذا الى أن محكمة النقض قد جرت على الرأى الذى أثبتناه فى المتن كما تقدم ٠

(٢) Juris-classeur périodique, 1954, II, 8616. مع تعليق بقلم Giverdon وهذا الحكم مشار اليه كذلك فى المجلة ربع السنوية ١٩٥٥ ص ٥٢٢ ٠

المواصلات للقول بسريان عقد الوكيل المعقود بعد وفاة الموكل فى حق ورثة هذا الأخير معتبرة أن ذلك الظرف مقتضاه أن الوكيل اذ تصرف كان يجهل وفاة الموكل وفى واقعة الدعوى التى صدر فيها ذلك الحكم كان الموكل لاجئا الى أمريكا أثناء الحرب العالمية الثـانية ، ويعتبر هذا القضاء تطورا نحو التخفيف من عبء اثبات جهل الوكيل بوفاة الموكل خـلافا لأحكام النقض الفرنسى القديمة التى كانت تتشدد فى القاء عبء اثبات الجهل بالوفاة على كاهل الوكيل الذى تصرف غير عالم بانقضاء وكالته (١) .

١٧٠ ــ ٢ ــ فقد الاهلية أو نقصها :

يرتب القانون أيضا انقضـاء النيـابة على فقد الأصيل لأهليته وهذا السبب من أسباب الانقضـاء يقتصر مجاله بطبيعة الأمور على النيابة الاختيارية (الاتفاقية) لأن النيابة الضرورية (القانونية) المفروض فيها أن الأصيل فاقد الأهلية أو ناقصها ولهذا ينص القانون على تعيين نائب له يتولى عنه التصرفات القـانونية التى يعجز الأصيل عن توليها بنفسه .

ففى النيابة الاختيارية اذا وقع الحجر على الأصيل وامتنع عليه بذلك أن يجرى التصرف الذى صدرت عنه الانابة فيه كان طبيعيا أن تنقضى بذلك النيابة وهذا الانقضـاء يرجع فى الحقيقة الى اسـتحالة التنفيذ ويقترب من انقضاء الالتزام لهذا السبب عينه (م ٣٧٣ مدنى مصرى) .

ومعظم التشريعات تنص على انقضاء النيابة بفقد الأصيل لأهليته فقدا كليا ولم يشذ عن قاعدة انقضاء النيابة بفقد أهلية الأصيل فقدا كليا الا القانون المدنى الألمانى (م ٦٧٤) وقانون الالتزامات السويسرى

(١) انظر المجلة ربع السنوية ١٩٥٥ ــ ٥٢٢ .

(م ٤٦٥) وبعض التشريعات التى تأثرت بهذين التقنينين تأثرا كبيرا كالقانون المدنى الصينى (م ٥٧٤) والقانون المدنى الايرانى (م ٤٠٠) •

أما حالة الفقد الجزئى للأهلية فالحكم فيها استمرار النيابة فى حدود الأهلية المقيدة للأصيل وهو ما يتفق والحكمة من انقضاء النيابة بفقد الأهلية اذ ما دام أن الأصيل لا يزال متمتعا بأهلية القيام بتصرفات معينة فلا محل لانقضاء النيابة بالنسبة لتلك التصرفات بل المصلحة فى استمرارها وتنقضى النيابة فقط بالنسبة للتصرفات التى أصبحت خارجة عن حدود أهلية الأصيل الجديدة دون سواها •

١٧١ ــ وفى الشريعة الاسلامية نجد هذا الحكم عينه معللا بالحكمة نفسها اذ نقرأ فى المغنى (جـ ٥ ص ٢٤٣) : « ومتى خرج (الموكل) عن كونه من أهل التصرف ••• فحكمه حكم الموت . لأنه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته ••• وان حجر على الموكل وكانت الوكالة فى أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه فى أعيان ماله وان كانت فى الخصومة و الشراء فى الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لأن الموكل أهل لذلك وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدامة » •

١٧٢ ــ ٣ ــ افلاس الاصيل :

اذا حكم باشهار افلاس الأصيل فان النيابة تنقضى لذلك السبب اذ أن المفلس لا يملك مباشرة التصرف فى أمواله بعد كف يده عنها فان لم يستطع التصرف بالاصالة فلا محل للقول بامكان تصرفه بطريق النيابة وبذلك تنقضى النيابة ويرجع انقضاؤها على هذه الصورة الى فكرة استحالة التنفيذ كما فى فقد الأهلية فقدا تاما .

واشتراط العلم بالواقعة التى يترتب عليها انقضاء النيابة يسرى

كذلك على فقد الأهلية واشهار الافلاس ونحيل بهذا الصدد على ما تقدم لنا بخصوص العلم بموت الأصيل تحاشيا للتكرار •

١٧٣ ـ (ب) أسباب انقضاء النيابة المتعلقة بشخص النائب:

كما تنقضى النيابة بموت الأصيل وانعدام أهليته واشهار افلاسه كذلك تنقضى اذا عرض للنائب شىء من هذه العوارض •

ويضاف بالنسبة للنائب فى تبرير انقضاء النيابة بفقد الأهلية والافلاس ـ فضلا عن استحالة التنفيذ ـ اعتبار تزعزع الثقة التى كانت ملحوظة فيما بين الأصيل والنائب الاتفاقى وقت أن صدرت اليه الانابة من الأصيل •

غير أنه يصح أن نتساءل : هل طروء عارض من عوارض الأهلية على النائب ينهى النيابة ولو ظل النائب بعد طروء ذلك العارض متمتعا بأهلية التمييز وبالتالى صالحا لأن يكون نائبا طبقا للقاعدة المقررة فى هذا الشأن ؟ من المستطاع تبرير الاجابة على هذا السؤال بالايجاب على أساس تزعزع الثقة التى كانت باعثة للأصيل على انابة النائب اذ لا يستوى انابة شخص ناقص الأهلية ابتداء واستمرار نيابة شخص كان كامل الأهلية ثم طرأ عليه النقص فيها وذلك لاحتمال أن الأصيل ما كان يقدم على انابته لو كان ناقص الأهلية من أول الأمر •

وبخصوص اشهار افلاس النائب يلاحظ أن الافلاس لا يعدم أهلية المفلس اذ يظل متمتعا بأكثر من القدر الأدنى من الأهلية اللازم للنائب (١) ومع ذلك فالأولى اعتبار النيابة فى هذه الحالة منقضية تأسيسا على زوال ثقة الأصيل بالنائب المفلس • هذا وليس ثمة ما يمنع الأصيل اذا أراد الاحتفاظ بنائبه برغم افلاسه أن يصدر له انابة جديدة•

---

(١) قارن حكم الشريعة الاسلامية بهذا الخصوص فى « المغنى » ج ٥ ص ٢٤٣ « واذا حجر على الوكيل المفلس فالوكالة بحالها لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف » •

الفصل الثانى

الاسباب الاختيارية لانقضاء النيابة

١٧٤ - انقضاء النيابة بارادة الأصيل أو النائب :

علم لنا مما تقدم أن النيـابة الاتفاقية تستند الى ارادة الأصـيل المتمثلة فى الانابة ولما كان الأصيل هو الذى يسبغ بارادته على النائب صفة النيابة عنه كان طبيعيا أن يكون للأصـيل متى شاء أن يغير تلك الارادة فينفى عن النائب تلك الصفة وذلك عن طريق عزل النائب .

كما أن النائب بدوره وان كان مسلطا على ذمة الأصيل بارادة هذا الأخير وكان بالتالى ذا صـفة فى الزام الأصـيل آثار التصرفات التى يبرمها باسمه الا أنه غير ملتزم باستعمال هذه السلطة ولا بالاستمرار فى حمل تلك الصـفة فيستطيع النائب اذن أن يتنحى عن ذلك بارادته فيعزل نفسه ان شاء أن ينعزل .

وهذه القاعدة مترتبة على خصائص نظام النيابة ذاتها فهى نتيجة طبيعية لها ولذا نجدها فى تشريعات كافة للبلاد .

(أ) العزل :

تنص المادة ١/٧١٥ من القانون المدنى المصرى فى باب الوكالة

على أنه « يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك » .

وانقضاء النيابة بالعزل شأنه شأن سائر أسباب الانقضاء فى انطباق عموم نص المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى واذن فان أثر العزل يتخلف فى الحالة التى يثبت فيها جهل المتعاقدين (النائب والغير) بعزل النائب ، كما أن الفقرة الثانية من المادة ٧١٥ تتضمن بدورها قيودا على حق الأصيل فى عزل النائب الاتفاقى ويمكن رد هذه الاستثناءات بنوعيها الى اعتبارين :

(الأول) حماية الغير حسنى النية (م ١٠٧) .

(والثانى) مراعاة حق النائب أو الغير اذا كانت الانابة صادرة لصالحهم (م ٢/٧١٥) .

١٧٥ ـ بخصوص حماية الغير نجد أن القاعدة التى تقضى بتخلف أثر العزل متى كان لم يصل الى علم الغير والنائب معا معروفة فى تشريعات مختلف البلاد اذ نجدها فى القانون المصرى فى المادة ١٠٧ التى يعم حكمها جميع أسباب انقضاء الانابة بما فيها العزل ونجدها كذلك فى قانون الالتزامات السويسرى (م ٣/٣٤) كما نجدها فى القانون المدنى الفرنسى (م ٢٠٠٥) والقانون المدنى السوفييتى (م ٢٧١) وكذا قوانين البلاد التى تبنت تقنين نابليون كما اعتمدت هذه القاعدة لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى فى المادة ٢٦ من مشروع اللجنة الفرعية للتصرفات القانونية الذى أقرته اللجنة العامة فى سنة ١٩٤٨ ونصها « لا يجوز للأصيل أن يحتج بتقييد أو سحب أو انقضاء مكنة النائب قبل من كان يجهل ذلك فى الوقت الذى اكتسب فيه حقوقا بواسطة النائب » .

غير أن هناك حالات يمكن فيها القول بأن العزل وتقييد الانابة

ينتجان آثارهما بلا توقف على علم الغير ومن ذلك الحالات الثلاث الآتية :

١ ــ اذا كانت الانابة قد ثبتت بوثيقة صادرة من الأصيل الى النائب وتم سحبها منه أو الغاؤها بالاجراءات المقررة فى قانون البلد الذى يباشر فيه النائب نشاطه •

٢ ــ اذ كانت الانابة ناشئة عن وضع يشغله النائب وانتهى شغله لذلك الوضع •

٣ ــ اذا كانت الانابة مسجلة أو منشورة فى الصحف وتم الغاؤها بالطريقة عينها (١) •

والاعتبار الذى يجمع هذه الاستثناءات الثلاثة هو أن الأصيل وقد أنهى النيابة بذات الأسلوب الذى كان قد أوصلها به الى علم الغير يكون قد فعل كل ما فى وسعه لاعلام الغير بانقضاء الانابة ولا يبقى ثمة داع لتعليق تحقق آثار العزل على ثبوت علم الغير بحصوله •

١٧٦ ــ ووجوب علم الغير بعزل النائب لامكان تحقق آثاره مقرر كذلك فى الشريعة الغراء اذ يقول شمس الأئمة فى « المبسوط » (جـ ١٩ ص ٦٩)« وان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب (أى المدين) يبرأ بالدفع حتى يأتيه الخبر أنه قد أخرجه من الوكالة لأن توكيله اياه بمحضر من المطلوب أمر له بالدفع اليه ثم الاخراج نهى له عن ذلك فبعد ما علم بالأمر لا يثبت حكم النهى فى حقه ما لم يعلم به » •

ومثله ما نجده فى «رد المحتار على الدر المختار » (جـ ٤ ص ٤٣٤) :

---

(١) أنظر المادة ٢١ من المشروع التمهيدى الأول للمعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص • وقارن المادتين ٣٤ و ٣٥ من المشروع الأخير للمعهد الصادر سنة ١٩٧١ •

« وكله يقبض الدين ملك عزله ان بغــير حضرة المــديون وان وكله بحضرته لا (يملك عزله) لتعلق حقــه به كما مر الا اذا علم به (بالعزل) المديون فحينئذ ينعزل ثم فرع عليه بقوله فلو دفع دينه اليه أى الوكيل قبل علمه أن المديون بعزله يبرأ وبعده لا لدفعه الى غير وكيل » .

وفى « المغنى » (جـ ٥ ص ٢٤٢) « والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله . لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشترى أو الطعــام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشترى ويجب ضمانه ويتضرر المشترى والوكيل » .

وواضح أن الحكمة التى دعت الى تقرير هذا الحكم فى الشريعة هى نفسها الحكمة التى صدرت عنها القاعدة فى القوانين الحديثة وهى حماية الغير حسنى النية ممن تعاملوا مع النائب غير عالمين بعزله .

١٧٧ ــ أما عن تعلق حق النائب أو الغير بالانابة فان الانابة قد تكون صادرة لا فى مصلحة الأصيل وحده وانما كذلك فى مصلحة النائب كأن ينيب المدين دائنه فى ادارة أملاكه وخصم ريعهــا من دينه أو فى مصلحة الغير كأن يتضمن عقد بيع ابتدائى انابة من البائع الذى يزمع التغيب فى سفر طويل الى شخص ثالث فى توقيع العقد النهائى فهذه الانابة تعتبر صــادرة فى مصلحة المشترى وقد تكون الانابة فى مصلحة الغير والنائب معا كمن يوكل شخصا فى بيع بعض أمواله على أن يستوفى من الثمن دينا له ويوفى بالباقى دينا على البائع للغير وفى أمثال هذه الحالات يستحسن تقييد حق الأصيل فى انهاء الانابة بعزل النائب وهذا ما تناولته المادة ٧١٥/٢ من القانون المدنى المصرى ونصها:

« على أنه اذا كانت الوكالة صــادرة لصالح الوكيل أو لصالح

أجنبى فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو نقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه » .

١٧٨ — ونجد القاعدة عينها — شاملة العزل وغيره من أسباب الانقضاء — فى الشريعة الاسلامية اذ يقول صاحب « رد المحتار على الدر المختار » :

« واعلم أن الوكالة اذا كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض فلذا قال الا الوكالة اللازمة اذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينعزل بالعزل ولا بموت الموكل وجنونه . قلت والحاصل كما فى البحر أن الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا أو حكميا ولا بالخروج عن الأهلية بجنون وردة » (١) .

١٧٩ — والأصل فى الشريعة الاسلامية — كما فى القوانين الحديثة — أن للأصيل دائما الحق فى عزل نائبه فى أى وقت يشاء ولذا قالوا — فى خصوص الوكالة — انها « من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر » (٢).

غير أن بعض فقهاء الشريعة أثاروا مسألة « الوكالة الدورية » وصورتها أن يقول الموكل للوكيل : « كلما عزلتك فأنت وكيلى » وبذلك تتجدد للوكيل عقب كل عزل وكالة جديدة ، وذهب هؤلاء الفقهاء الى أن هذه الوكالة الدورية من شأنها جعل الوكيل بمنجاة من العزل لأنه كلما عزل تحقق شرط وكالة جديدة وهكذا يمكن التغلب

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣٥ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٦ ص ١٠٢ . وانظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣٣ حيث يقول « الوكالة من العقود الغير اللازمة .. فللموكل العزل متى شاء ما لم يتعلق به حق الغير » .

على عدم لزوم الوكالة ويحرم الأصيل من حقه فى العزل ، وقد ســاير هؤلاء الفقهاء فى هذا النظر بعض الشراح المحدثين (١) .

والواقع أن ما قيل من أن هذه « الوكالة الدورية » من شــأنها امتناع عزل الوكيل غير صــحيح وفى هذا يقول صاحب « شرح فتح القدير » (٢) :

« رد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله .. فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق امكان عزله ثم اختلفوا فى تحقيق لفظ العزل فقيل أن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز ، وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق فى المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح » .

كما نقرأ بالمعنى نفسه فى حاشية ابن عابدين قوله :

« قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فانت وكيلى لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له ... ولكن الصحيح اذا أراد

---

(١) أنظر مصطفى رشيد بلجساى . « النيابة فى التصرفات القانونية » استانبول سنة ١٩٤١ (بالتركية) ـ ص ٩٦ ـ ٩٧ : « فى القانون (التركى) القديم لم يكن ثمة ما يمنع من صدور وكالة ثانية معلقة على شرط عزل الوكيل من وكالته الأولى وهذه نتيجة لقاعدة جواز تعليق الوكالة على الشرط ، وفى هذه الحالة اذا عزل الموكل وكيله فان الوكالة الثانية المعلقة على شرط العزل تتحقق ويكون للوكيل بمقتضاها ان يعقد التصرفات القانونية باسم الموكل وكانت الوكالة التى تصدر بهذه الصورة تسمى الوكالة الدورية » .

وشفيق شحاتة : « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية » بند ١٨١ ص ١٥٦ ـ ١٥٧ حيث يعدد العقود غير اللازمة أولها الوكالة ، ثم يردف « على أن الفقه العملى قد عالج عدم لزوم الوكالة عن طريق ما يعرف باسم الوكالة الدورية » .

(٢) ج ٦ ص ١٠٢ .

عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقــول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لأن ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه » (١) .

١٨٠ ــ وكما تكون الانابة نفســها صريحة أو ضمنية كذلك يصح أن يكون العزل صريحــا أو ضــمنيا ولا يقيد من اطلاق هذه القاعدة فى العمل الا وجوب وصول العزل الى علم النائب وعلم الغير كما تقتضيه المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى والنصوص المقابلة لها فى التقنينات الأخرى اذ قد تثور فى حالة العزل الضمنى صعوبات عملية فى اثبات علم النائب والغير المتعامل معه بذلك العزل الضمنى .

هذا وان صــدور الانابة صريحة لا يقتضى وجــوب كون العزل صريحا اذ لا ارتباط بين شــكل الانابة وشكل العزل وهذا ما قررته محكمة استئناف مصر فى حكمها الصادر فى ٢٦ أكتوبر ١٩٤١ (٢) الذى تقول فيه المحكمة :

« حصول التوكيل بالكتابة لا يمنع العزل بغير الكتابة اذا حصل هذا العزل بوقائع مادية لاشك فيها لأن الوقائع المادية يجوز اثبــاتها بالشهود والقرائن » .

واستخلاص العزل الضمنى من الوقائع هو من اطــلاقات قضاة الموضوع يستهدون فيه بظروف كل حالة على حدة فلا يمكن وضــع قاعدة عامة بصدده ولا أدل على ذلك من اختــلاف الأحــكام القضائية باختلاف وقائع القضايا التى صدرت فيها فحكم محكمة استئناف مصر سالف الذكر قرر أنه :

« اذا ثبت قطعا من شهادة شــهود الطرفين أن الموكل الذى وكل

(١) ج ٤ هامش ص ٤٣٣ .
(٢) المحاماة ٢٢ ــ ١٣٦ ــ ٣٧٠ .

وكيلا لادارة أطيانه جاء بعد سنة أو سنتين وأدار أطيانه وأجراها بنفسه وحصل أجرتها بنفسه يعتبر هذا عزلا ضمنا » •

بينما تقرر محكمة استئناف مصر نفسها في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ (١) :

« أنه وان كان عزل الموكل للوكيل يصح أن يحصل ضمنا الا أنه يجب أن يثبت ذلك قطعا ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتما • وليس هناك ما يمنع الموكل من أن يأخذ مباشرة ممن استأجر من وكيله الأجرة المستحقة عليه كلها أو بعضها مع بقاء الوكالة قائمة اذ لا يمكن اعتبار ذلك عزلا كليا أو جزئيا للوكيل » •

ومن أحكام القضاء الفرنسى ما قضى بأن التوكيل الصادر فى بيع عدة أموال مملوكة للموكل والمتضمن شرط عدم عزل الوكيل (لوجود مصلحة لهذا الأخير فى الوكالة) ليس من شأنه منع الموكل من التصرف فى تلك الأموال بصفته مالكا لها ، (٢) ومعنى ذلك أنه ليست فى تصرف الموكل شخصيا مخالفة لشرط عدم العزل وما ذلك الا لأن مثل هذا التصرف لا يستنتج منه حتما العزل الضمنى للوكيل فى جميع الحالات •

والواقع أنه بصدد اعتبار تصرف الأصيل شخصيا قبل أن يتصرف النائب عزلا ضمنيا لهذا الأخير تنبغى التفرقة بين الانابة الممتدة فى الزمان — مثل الانابة فى ادارة أموال الأصيل أو الانابة فى البيع والشراء على سبيل التجارة — وبين الانابة الخاصة المحددة التى لا تنصب الا على تصرف واحد معين بالذات •

---

(١) المحاماة ٢١ — ٢٥٧ — ٥٧٢ ، والمجموعة الرسمية ٤١ — ٢١٣ — ٥٥٢ •

(٢) نقض فرنسى ١٦ يونيو ١٩٧٠ — دالوز ١٩٧١/قضاء/٢٦١ مع تعليق بقلم جان — لوك اوبير •

ففى حالة الانابة التى ينسحب أثرها على فترة زمنية تتكرر خلالها تصرفات النائب يصح القول بأن قيام الأصيل بنفسه بتصرف أو أكثر لا يخلص منه حتما العزل الضمنى للنائب وتكون مسألة حصول العزل الضمنى أو عدم حصوله متروكة لظروف كل حالة على حدتها على أساس ما يستنتج من تلك الظروف من اتجاه ارادة الأصيل الى عزل النائب أو عدم اتجاهها الى العزل ، ويرجع ذلك الى كون الانابة الاختيارية لا تستتبع تقييد حق الأصيل فى التصرف بنفسه من جهة والى كون دلالة مثل ذلك التصرف على وجود ارادة العزل الضمنى لدى الأصيل ليست حتمية من جهة أخرى ٠

أما الانابة المقصورة على تصرف واحد معين ـ كالانابة فى بيع عقار أو منقول محدد بالذات ـ فهذه تعتبر منقضية بالعزل الضمنى متى تصرف الأصيل نفسه قبل أن يتصرف النائب وتلك نتيجة طبيعية لاستنفاد الغرض المقصود من الانابة قبل ان يباشر بمقتضاها النائب أى تصرف ولأن المحل الواحد لا يقبل تصرفين أحدهما من الأصيل والآخر من نائبه ٠

على أنه فى جميع الحالات تبقى مسألة علم النائب والغير المتعاقد معه بحصول العزل الضمنى على هذه الصورة ، وقد يتخلف أثر العزل الضمنى فى حالة بيع النائب ـ فى مثالنا ـ الشىء المنوط به بيعه دون أن يعلم هو ولا المشترى منه بسبق تصرف الأصيل بنفسه فى ذلك الشىء وفى هذه الحالة تكون المفاضلة بين المشترى من الأصيل والمشترى من النائب ـ مع تساويهما فى حسن النية ـ بأسبقية وضع اليد على المبيع، هذا بالطبع مع مراعاة قواعد الشهر فى البيوع العقارية .

١٨١ ـ هذا كله فى النيابة الاختيارية (الاتفاقية) أما النيابة الضرورية (القانونية) فبديهى ألا يكون الأمر فيها كذلك بالنسبة

للعزل ، ذلك لأن الأصيل فى حالات النيابة الضرورية معدوم الارادة أو ناقصها والقانون هو الذى ينص على أن يكون له نائب يباشر نيابة عنها التصرفات التى يعجز الأصيل بحكم نقص أهليته عن مباشرتها وتعيين هذا النائب قد يكون بنص القانون (كما فى ولاية الأب أو الجد) وقد يكون بحكم من القضاء استنادا الى نص القانون (كالوصى والقيم) وعزله عن النيابة يكون فى الحالين بحكم من القضاء فى الأحوال التى ينص عليها القانون وللأسباب التى يحددها وبالاجراءات التى يرسمها أما الأصيل نفسه فمن الطبيعى ألا يكون له الحق فى عزل النائب القانونى اذ أن الاعتبارات التى أدت الى تعيين نائب له من شأنها ألا يترك عزل ذلك النائب الى ارادة الأصيل وهى ارادة مفقودة أو غير مكتملة .

١٨٢ – (ب) نزول النائب عن الانابة :

كما يستطيع الأصيل انهاء النيابة الاختيارية بارادته المنفردة يستطيع النائب كذلك بارادته المنفردة وضع حد لنيابته الاختيارية وقد نص القانون المدنى المصرى على ذلك فى خصوص الوكالة فى المادة ٧١٦ منه التى تقرر حق الوكيل فى النزول عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . واذن فحق النائب الاختيارى فى النزول عن النيابة لا يمكن التنازل عنه كقاعدة عامة ولهذه القاعدة استثناءات تتعلق بالعلاقة الداخلية بين الوكيل والموكل لا بالنظرية العامة للنيابة ومحلها لذلك هو فى بحث أحكام عقد الوكالة (١) .

واعتزال النائب ينتج أثره فور اتصاله بعلم الأصيل (م ٧١٦ « ... ويتم التنازل باعلانه للموكل .. ») بلا توقف على ثبوت علم الغير به وهذه الحالة – حالة نزول النائب عن الانابة – تخرج لذلك

(١) أنظر السنهورى : الوسيط جـ ٧ – المجلد الأول – ص ٦٧١ .

من مجال تطبيق المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى اذ أن تلك المادة تشترط لاستمرار النيابة رغم تحقق سبب انقضائها أن يشترك النائب والغير المتعاقد معه فى عدم العلم بانقضائها ، وفى صورة نزول النائب عن الانابة لا يمكن القول بأنه يجهل انقضاء الانابة لأنه هو الذى أنهاها بارادته المنفردة وليس من المتوقع عملا فى هذه الصورة أن يستمر النائب فى التعامل مع الغير باسم الأصيل بعد نزوله عن الانابة غير أنه ان حدث ذلك فلا يخرج الأمر عن أحد احتمالين : ـ

١ ـ أن يوجد مظهر من خلق الأصيل أو تمكن نسبته اليه ـ مثل ترك سند الانابة بيد النائب رغم تنحيه ـ يجعل فى الامكان اعمال مبدأ النيابة الظاهرة وفى هذه الحالة يعتبر التصرف الذى تولاه النائب المتنحى باسم الأصيل نافذا فى حق الأخير حماية للغير حسن النية (١) .

٢ ـ ألا يوجد مثل ذلك المظهر فتبقى الانابة الظاهرة ونكون أمام حالة شخص يتصرف بوصفه نائبا دون أن تكون له هذه الصفة فلا ينفذ تصرفه فى حق الأصيل وتحكم العلاقة بينه وبين من تعاقد معه أحكام المسئولية التى أوضحناها فى مكانها من هذا الكتاب (٢).

هذا وان انهاء النائب لنيابته بارادته المنفردة لا يعفيه بطبيعة الحال من الالتزام الذى نصت عليه فى خصوص الوكالة المادة ١/٧١٧ من القانون المدنى المصرى (٣) وهو الوصول بالعمل الى حالة ينتفى معها الضرر على الأصيل بل ان التزام النائب بذلك فى حالة الانقضاء

---

(١) انظر ما تقدم عن النيابة الظاهرة آنفا بند ١٢٣ وما بعده .

(٢) انظر آنفا بند ١١٨ وما بعده .

(٣) ونصها « على اى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل ان يصل بالاعمال التى بدأها الى حالة لا تتعرض معها للتلف » . وقارن ما ورد فى « نهاية المحتاج » (ج ٤ ص ٣٩) « لو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه فى غيبة موكله استولى على المال جائر حرم عليه العزل الى حضور موكله او امينه على المال »

الراجع الى ارادة النائب المنفردة هو من باب أولى وأحرى لأن حالات الانقضاء التى ترجع الى موت الأصيل أو فقد أهليته أو اشهار افلاسه أو الى عزل النـــائب أى الى أمور لا يد فيها للنائب يلتزم فيهـــا النائب مع ذلك بالوصول بالعمل الى حال ينتفى معهـــا الضرر فكان التزامه بذلك فى حالة اختياره انهاء النيابة بارادته أكثر تمشيا مع علة الحكم ولهذا نصت المادة ٧١٧ على هذا الالتزام « على أى وجه كان انتهاء الوكالة » •

١٨٣ ـ ونزول النائب عن الانابة كسبب من أســباب انقضاء النيابة مجاله النيابة الاتفاقية (الاختيارية) دون النيـــابة القانونية (الضرورية) ففى النيابة القانونية يكون النائب معهودا اليـه بمهمة تتعلق بحماية ناقصى الأهلية أو بغير ذلك من الاعتبارات المتعلقة بالنظام العـام ولهذا كان من الطبيعى ألا يملك النـائب القانونى عزل نفسه وانما كل ماله اذا أراد التنحى عن مهمته أن يرفع الأمر الى جهة القضاء التى عينته طالبا اليها اعفاءه من مهمته للأسباب التى يبديها ولا ينعزل النائب القانونى ولا تنقضى نيابته الا بقرار يصدر من جهة القضـاء بقبولها تنحيه وبتعيين من يخلفه وذلك كله بالتطبيق للأحكام وطبقـا للاجـراءات المقررة فى شأن مختلف نظم حماية ناقصى الأهلية أو غير ذلك من تطبيقات النيابة الضرورية •

الباب الرابع

فى تنازع القوانين فى النيابة

١٨٤ ـ قديما كانت الاقليمية المطلقة هى المعيار الذى كان المشرع فى مختلف البلاد يعتنقه بالنسبة الى تحديد سلطان القانون الوطنى فى المكان فلم تكن محاكم الدولة تطبق غير قانون الدولة وكان ذلك القانون هو الذى يحكم كافة العلاقات القانونية التى يرفع أمرها الى قضاء الدولة • ولعل هذه النظرة كان لها ما يبررها فى الماضى حين كان نشاط الأفراد لا يجاوز حدود بلادهم ولم يكن لغير رعايا الدولة سبيل الى التعامل على وجه ذى بال فيها أو مع رعاياها ، على أن اتساع نطاق التجارة الدولية منذ القرون الوسطى أوجد الشعور بأن العلاقات القانونية ليست كلها من نوع واحد بالنظر الى وجوب خضوعها لقانون الدولة وأن ثمت علاقات لا تصطبغ بالصبغة الوطنية البحتة التى تجعل انطباق القانون الوطنى عليها أمرا بديهيا لا مجال للتشكك فيه وأن هذه العلاقات القانونية « ذات العنصر الأجنبى » تتنازع أمرها فى الحقيقة قوانين أكثر من دولة واحدة ويصح خضوعها لقانون غير القانون الوطنى •

وفى العصر الحديث زادت سهولة المواصلات وتشابك علاقات

الأفراد عبر الحدود الوطنية من هذا الطابع الدولى لكثير من العلاقات القانونية فوجدنا المشرع فى بعض الدول أو أحكام القضاء واجتهادات الفقهاء فى بعض الدول الأخرى ينشىء الى جوار القواعد الموضوعية التى تحكم العلاقات القانونية الوطنية قواعد أخرى يسترشد بهـا فى تحديد القانون الواجب تطبيقه على علاقة ذات عنصر أجنبى يعتبرها النظام القانونى الوطنى غريبة فى الواقع عن مجال العلاقات الوطنية المحضة التى سنت قواعده لتنظيمها ، واعتبار تلك العلاقات غريبة عن مجال العلاقات الوطنية وغير محتمة الخضوع للقانون الوطنى يرجع الى كون أحـد عناصر العلاقة أجنبيا عن الدول كأن يكون أطـراف العلاقة أو بعضهم منتميا بجنسيته الى دولة أخرى أو أن يكون محل العلاقة كائنا على اقليم غير اقليم الدولة أو أن تكون الواقعة التى ربطت بين أطراف العلاقة حدثت خارج الدولة كأن يقع الفعل الضـار أو أن يبرم العقد مثلا فى اقليم دولة أجنبية .

وهذه القواعد التى تشير الى القانون الموضوعى المنطبق عـلى علاقة ذات عنصر أجنبى هى قواعد تنـازع القوانين من حيث المكان أو قواعد الاسناد وهى تسند العـلاقة القانونية المطروحة الى قانون معين من القوانين التى يبدو أنها تتنازع فيما بينها حكم العلاقة لارتباط كل منها بعنصر معين من عناصرها .

١٨٥ ــ والنيابة بالذات من العلاقات القانونية التى يبرز فيها الطابع الدولى لعلاقات القانون الخـاص فى العصر الحديث لا بسبب الزيادة الكبيرة فى التبادل التجارى عبر الدول فحسب وانمـا لأن النيابة من شأنها تمكين الطرف المقيم فى دولة معينة من التعاقد مع طرف آخر مقيم فى دولة أجنبية دون أن يتكبد مشقة الانتقال اليه والالتقاء به على صعيد واحد ، ولئن كان اتساع نطـاق الاتصـالات البريدية والسلكية واللاسلكية قد مكن من التعاقد مع من هم وراء الحـدود

الوطنية تعاقدا مباشرا لا بطريق النيابة فان طبيعة المعاملات التجـارية الحديثة تجعل الالتجاء الى النيابة مع ذلك أمرا ذائع الانتشار وذلك لما يحققه الحضـــور فى المكان الذى يجرى فيه التعـامل من مزايا لا تخفى ، لهذا انتشر التعامل بطريق النيابة رغم امكان التعاقد المباشر بل أن التجارة الدولية الحديثة تعرف ظاهرة التمثيل الدائم لتاجر أو لشركة فى اقليم دولة أخرى يكثر معها تعاملها فضلا عن حالات ايفاد نواب لغرض مخصوص أو انابة أشخاص مقيمين فى الدولة الأخـرى فى ابرام عقود معينة ، وليس الأمر فى ذلك كله قاصرا على المعاملات التجارية بل ان أفراد الناس فى معـاملاتهم المدنية البحتة لم يعودوا قابعين فى أوطانهم لا يتعدون حدودها فاصطبغ الكثير من المعـاملات المدنية أيضا فى عصرنا هذا بالصبغة الدولية ومن هذه المعاملات أيضا ما يتم فيما بين اقليم دولة واقليم دولة أخرى بطريق النيابة .

وهذه العلاقات التى تنشأ بطريق النيابة وتتجاوز اقليم دولة واحدة تثور بصددها مسألة تنازع قوانين اذ يتعين اخضاع العلاقة لقـانون احدى الدول التى تتوزع بينها عناصر العلاقة والاختيار هـذا القانون الذى تسرى أحكامه على العلاقه ذات العنصر الأجنبى الناشئة بطريق النيابة هو ما خصصنا له هذا الباب .

١٨٦ ــ وتجاوز العلاقة القانونية التى تتم بطريق النيابة لاقليم دولة واحدة يحدث كلما اختلف موطن الأصيل عن موطن الغير الذى يتعامل معه النائب ويتخذ ذلك فى العمل احدى صور ثلاث :

١ ــ أن يباشر النائب نشاطه لحساب الأصيل فى الدولة التى بها موطن الغير الذى يتعاقد معه النائب وهى غير الدولة التى بها الموطن العادى للأصيل وفى هذه الصورة نكون أمام تعاقد بين حاضرين .

٢ ــ أن يباشر النائب نشاطه فى الدولة التى بها الموطن العادى

للأصيل متعاقدا مع شخص من الغير متوطن فى دولة أخرى وهـذه الصورة تتسع لاحتمالين :

(أ) أن يكون التعاقد بين غائبين اذا تم بالمراسلة •

(ب) أو أن يكون بين حاضرين اذا تم أثناء مرور الغير بالدولة التى بها موطن الأصيل •

٣ ـ أن يباشر النائب نشاطه فى دولة ثالثة ـ ليست دولة موطن الأصيل ولا دولة موطن النائب ـ وهذه الصورة أيضا كسابقتها تحتمل وضعين من حيث حصول التعاقد بين غائبين أو حاضرين •

هذا كله اذا كانت النيابة قاصرة على أحد طرفى العلاقة التعاقدية أما اذا تم التعاقد بطريق النيابة عن الطرفين كليهما فهناك صورة رابعة هى أن يباشر النائبان نشاطهما فى دولة واحدة ليست هى دولة موطن أى من الطرفين ويكون التعاقد فى هذه الصورة بين حاضرين •

ويبين من العرض المتقدم أن صور اصطباغ التصرف الذى يتولاه النائب بالصبغة الدولية لا تقتصر على حالة التعاقد فى دولة غير الدولة التى يقع بها موطن الأصيل أو على حالة التعاقد فى موطن الغير متى اختلف هو والأصيل موطنا وهما الحالتان اللتان يبدو أنهما انفردتا باهتمام الباحثين فى تنازع القوانين فى النيابة (١) فالنائب قد يباشر

---

(١) قارن المادة ٢٥ من المشروع التمهيدى الأول لمعهد توحيد القانون الخاص وهى لا تذكر الا التصرفات التى يجريها النائب فى دولة غير تلك التى يوجد بها الموطن العادى للأصيل • وانظر ريجو ص ٢٠٢ ـ ٢٠٣ حيث لا يعتد الا بصورة تعاقد النائب فى بلد غير التى بها موطن الأصيل • وجدير بالملاحظة أن المشروع التمهيدى المعدل لمعهد توحيد القانون الخاص (١٩٧١) يجعل ، فى مادته الاولى ، العبرة باختلاف اثنين من أطراف العلاقة الثلاثة موطنا وهو وضع يتسع لأكثر من التصرفات التى يجريها النائب فى دولة غير تلك التى يوجد بها موطن الأصيل اذ يشمل ـ مثلا ـ الصورة المشار اليها تحت رقم ٢ فى البند ١٨٦ من المتن •

نشاطه فى الدولة التى بها موطن الأصيل ويصطبغ تصرفه مع ذلك بالصبغة الدولية كما رأينا وقد يباشر النائب نشاطه فى دولة ثالثة ليست هى دولة موطن أى من طرفى العقد وقواعد التنازع يجب أن تتسع لهذه الصور كلها وأن تكون صياغتها مما يسمح بتطبيقها على كل حالة تتجاوز فيها آثار تصرف النائب اقليم دولة واحدة على تعدد تلك الحالات .

١٨٧ — وأهمية حل تنازع القوانين فى التصرفات الحاصلة بطريق النيابة ترجع الى ما بين القواعد الموضوعية للقوانين الوطنية المختلفة من تباين فى بعض أحكام النيابة فقد رأينا فى دراستنا المقارنة للنيابة أنه برغم ما يتسم به هذا النظام فى مختلف النظم القانونية الوطنية من وحدة واتساق ومن تقارب كبير فى كليات أحكامه الا أن بعض الأحكام التفصيلية الهامة تختلف من قانون وطنى الى قانون وطنى آخر ومتى تنازع أكثر من قانون وطنى حكم التصرف الحاصل بطريق النيابة كان من الأهمية بمكان أن نحدد بواسطة قواعد الاسناد القانون الوطنى الذى يحكمها دون سواه .

ولنضرب على ذلك مثلا بمسألة مدى الانابة الصادرة فى ألفاظ عامة فهذه الانابة لا تبيح فى القانون المصرى للنائب أن يتصرف فيما يجاوز أعمال الادارة بينما هذه الانابة نفسها فى القانون العراقى تبيح للنائب أن يقوم بكل التصرفات (١) فاذا فرضنا أن وكيلا يقيم موكله فى القاهرة توجه الى بغداد حاملا توكيلا صيغ فى ألفاظ عامة وأبرم هذا الوكيل مع شخص مقيم فى بغداد عقدا يخرج عن أعمال الادارة ويدخل فى نطاق أعمال التصرف فما حكم نفاذ هذا العقد فى

(١) أنظر آنفا بند ٩٨ . والمثال الذى فى المتن ينطبق كذلك على القانون الألمانى الذى تكفى فيه الانابة العامة للقيام بكافة التصرفات ، أنظر بند ١٠٠ .

حق الأصيل وهل نطبق في هـــذا الشأن القانون المصرى فنعتبر أن الوكيل تجاوز حـدود وكالته أم نطبق القانون العراقى فنقـول بأن الوكيل قد تصرف فى حدود تلك الوكالة ؟

مثال ثان : رجل أعمـــال انجليزى جاء الى مصر للتعاقد على استيراد بضاعة معينة ولم يفصح لمن نعامل معه عن أنه نائب ثم ظهر بعد ابرام العقد أنه لم يكن يتعاقد لحســـاب نفسه وكشف عن شخصية الأصيل الذى طالب التاجر المصرى بتنفيذ العقد • فهل نقول طبقـا للقانون المصرى (م ١٠٥ و ١٠٦ مدنى) أن لا نيابة فى هذا الوضع وأن آثار تصرف النائب لا تضـاف للأصيل وأن مثل هـــذا العقد لا ينشىء علاقة مباشرة بين الأصيل وبين الغير لانتفاء التعـامل باسم الأصيل ؟ أم نقول طبقا للقانون الانجليزى الذى صدرت الانابة وفقا له والذى يعرف نظام الأصيل المستتر بأن النيابة تامة وأن آثار العقد تلحق الأصيل وتصرف النائب يربط بينه وبين الغير برابطة مباشرة ؟

ومثال آخر : نائب متوطن فى فرنسا ويباشر نشاطه فيها لحساب شركة مصرية مركزها فى القاهرة وذلك بموجب انابة صـــادرة اليه من مركز الشركة خالية من الترخيص فى التعاقد مع النفس ثم تكلفه الشركة شراء بضاعة معينة بثمن معين فيبيعها اياها مما يملكه هو أو يملكه أصيل آخر ينوب عنه ، فهل نقول ان هـذا البيع الذى عقده النائب مع نفسه نافذ وأن النيابة قد تحقق أثرها وأن تعاقد النائب مع نفسه لنفسه أو لشخص ثالث ينوب عنه قد أنشأ حقـوقا والتزامات للشركة المصرية وعليها لكون القـانون الفرنسى لا يحظر التعاقد مع النفس كمبدأ بل يقتصر الحظر فيه على حالات خاصة منصوص عليها وفيما عداها لا يشترط القانون الفرنسى الترخيص المسبق بالتعـاقد مع النفس ويكتفى بأن لا يكون الأصيل قد منع نائبه صراحة من مثل

هذا التعاقد ؟ أم نعتد بالقانون المصرى الذى صـــدرت الانابة فى ظله والذى يعتبر تعاقد النائب مع نفسه خارجا عن حدود الانابة ما لم يرد الترخيص به صريحا من الأصيل (م ١٠٨ مدنى) ؟

هذه وغيرها من نقط الخـلاف بين القوانين الوطنية فى بعض أحكام النيابة تبرز الأهمية العملية الكبيرة لحل تنـازع القوانين فى علاقات النيابة التى تجاوز اقليم دولة واحدة ويتنازعها لذلك أكثر من قانون وطنى واحد هذه القوانين قد تتباين قواعدها الموضوعية التى تنظم العلاقة ويختلف لذلك حكم العلاقة بحسب القانون الذى يتعين سريانه عليها .

١٨٨ ــ وتقودنا الأمثلة التى ضربناها الى تحديد نطاق بحثنـا فى تنازع القوانين فى النيابة فنحن فى هذا البحث لا نتعرض الا الى الخصيصة التى تميز نظام النيابة ألا وهى رجوع آثار تصرف النائب الى الأصيل مباشرة فالتنازع الذى نبحث عن حل له هو تنازع القوانين حول اضافة آثار تصرف النائب الى الأصيل وحول مدى نيابة النائب عن الأصيل وفيما عدا هاتين النقطتين المحددتين نجد أن لكل الأوضاع المرتبطة بتصرف النائب قاعدة اسناد تحكمها وليس من قصدنا التعرض لها فهذه الأوضاع يدخل كل منها ضمن طائفة من طوائف العلاقات أو الأوضاع القانونية خصتها قواعد التنازع بحكم معين وأفردت لهـا قاعدة اسناد خاصة بها استقر أمرها ولم تعد تثير صعوبات ذات بال وهذه الأوضاع التى نستبعدها من نطاق البحث وان ارتبطت بالتصرف الذى يجريه النائب هى :

١ ــ مضمون العقد الذى يبرمه النائب مع الغير : فهذا المضمون تحكمه قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود والتصرفات القانونية فهى التى تعين لنا القانون الذى يحكم صحة العقد أو بطلانه ويحدد الالتزامات

التى يرتبها على طرفيه الى غير ذلك مما يتعلق بمضمون العقد ، وهذا المضمون وان يكن من خلق ارادة النائب ــ بتلاقيها مع ارادة الغير ــ الا أن لارادة النائب فى علاقات النيابة وجها آخر هو اضافة مضمون العقد الى الأصيل وهذا الوجه الآخر هو وحده الذى يعنينا فى هــذا البحث وهو الذى نريد أن نتعرف على قاعدة تنــازع القوانين التى تحدد لنا القانون المنطبق عليه والذى تقرر أحكامه ما اذا كان تصرف النائب قد أنشأ ــ أو هو لم ينشىء ــ علاقة مباشرة بين الأصيل وبين الغير الذى تعاقد معه النائب ٠

٢ ــ شكل العقد الذى يبرمه النائب وشكل الانابة : وهــــذا تحكم تنازع القوانين فى شأنه قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية وهى فى معظم القوانين الوطنية تسند الشكل الى قانون البلد الذى تم فيه التصرف (م ٢٠ مدنى مصرى) (١) ٠

٣ ــ أهلية المتعاقدين : وهذه تحكمها قاعدة الاســناد الخاصة بالأهلية وهى فى معظم القوانين الوطنية تســندها الى قانون جنسية الشخص (م ١١ مدنى مصرى) أو قانون موطنه ٠

٤ ــ علاقة النائب بالأصيل : وهــذه يحكم تنازع القوانين فى شأنها قاعدة الاسناد المنطبقة على ما بينهما من رابطة كعقد وكالة أو عمل أو كولاية أو وصــاية أو غير ذلك من الأوضاع التى تصطحب بالانابة والتى تســتقل عنهــا الانابة من أكثر من وجه كما أوضحنــا آنفــا (٢) ٠

بعد استبعاد ما تقدم جميعه يبقى لدينا أمران :

---

(١) نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٦٣ ـ مجموعة المكتب الفنى ١٤/٣١/٢٢٦ وفيه اخضعت المحكمة شكل الوكالة لقانون البلد الذى صدرت فيه ٠ وبالمعنى نفســه نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٣ ـ مجموعة المكتب الفنى ٢٤/١٣٧ (٥)/٧٧٢ ٠ وكذلك نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٧٥ مجموعة المكتب الفنى ٢٦/٧٧(٣)/٣٦٤ ٠

(٢) انظر بند ٨٣ ٠

١ ـ ما تتميز به النيابة من اضافة آثار تصرف النائب الى الأصيل.

٢ ـ ما يتصل بذلك من تحديد مدى الانابة ونطاق سلطات النائب.
وهذا وحده هو الذى سنقتصر عليه بحثنا عن قاعدة اسناد تشير لنا الى القانون الذى تسرى أحكامه على علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبى.

١٨٨ مكرر ـ والمقصود بشكل الانابة الذى قلنا فى البند السابق انه يخضع للقانون الذى تحدده قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية هو على التحقيق شكل الانابة من حيث هو أى تحرير ما اذا كانت الانابة الشفوية أو الورقة المثبتة للانابة صحيحة شكلا أم هى باطلة شكلا ، وليس المقصود شكل الانابة من حيث ارتباطه بشكل التصرف المناب فيه (انظر ما تقدم البند ٨٤). ذلك أن اشتراط الشكل الرسمى فى انابة موضوعها قيام النائب بتصرف يتطلب فيه القانون الرسمية هو فى التكييف الصحيح قيد على صفة النائب فى التصرف باسم الأصيل اذ معناه أن النائب الذى يحمل صك انابة عرفيا تضيق صفته عن شمول التصرفات التى تكون الرسمية ركنا فيها ولا يعنى ذلك أن الانابة العرفية التى يحملها باطلة شكلا ، فالمسألة اذن هى مسألة تحديد مدى النيابة ونطاق صفة النائب وليست مسألة شكل الانابة من حيث هو . لذلك فان شكل الانابة من حيث ارتباطه بشكل التصرف المناب فيه هو عنصر من عناصر علاقة النيابة التى نحن بصدد البحث عن قاعدة اسناد خاصة بها وليست مجرد مسألة شكل يخضع لقانون البلد الذى صدرت فيه الانابة . مثال ذلك : موكل متوطن فى تونس أصدر توكيلا عرفيا حضر به الوكيل الى مصر مع شخص متوطن فيها تصرفا يتطلب فيه القانون المصرى الشكل الرسمى فاذا نظرنا الى المسألة بوصفها مجرد مسألة شكل تعين أن نقول ان الانابة العرفية استوفت شكلها المطلوب

حسب قانون البلد الذى صدرت فيه اذ أن الفصل ١١١٣ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ينص على أنه : « يجوز التوكيـــل بصيغة غير الصيغة الواجبة قانونا فى العقد المقصود من التوكيل » ، وعلى ذلك يصح لهـــذا الوكيل أن يبرم فى مصر تصرفا يتطلب فيه القانون الشكل الرسمى بالرغم من عدم استيفاء وكالته لهذا الشكل ، غير أن امعان النظر يؤدى الى القول بأن هذه المسألة تخضع للقانون الذى يحكم علاقة النيابة لكونها متعلقة بمدى نيابة الوكيل لا بشكل صك الوكالة وعلى ذلك يصح ابـرام ذلك الوكيل لتصرف فى مصر مطلوب له الشكل الرسمى فى الحالة التى يكون فيها القانون التونسى هو قانون الارادة الذى يحكم علاقة النيابة لكون الموكل اختاره صراحة فى صك التوكيل ذاته أو حدده لوكيله وعلم بذلك الطرف الثالث ، أما اذا تخلف قانون الارادة على هذا النحو فان قاعدة الاســناد التى سنصوغها فيما يلى (البند ٢٠٦) مؤداها اخضاع هذه المسألة للقانون المصرى بوصفه قانون المكان الذى تصرف فيه النائب والذى هو فى الوقت نفسه موطن الغير المتعاقد معه وعلى ذلك يصبح ابرام تصرف مطلوب له الشكل الرسمى خارجا عن نطاق نيابة مثل هــذا الوكيل وذلك لأن المادة ٧٠٠ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه «يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة » واذن فلا تكون للوكيل فى مثالنا صفة فى ابرام تصرف قانونى فى مصر ينص قانونها على وجوب توافر الشكل الرسمى فيه .

فمسألة شكل الانابة من حيث ارتباطه بشكل التصرف المناب فيه هى اذن من قبيل تحديد نطاق سلطات النائب وما يدخل فيهـــا من التصرفات وليست مسألة شكل بحت ولذلك تنطبق عليهـــا لا قاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية ولكن قاعدة الاســـناد

الأخرى التى تشير الى القانون واجب التطبيق على علاقة النيابة والتى نحن الآن بصدد تحديدها .

١٨٩ ــ ولكن ألا تغنى عنا فى ذلك قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود والتصرفات القانونية ؟ وهل من مبرر للبحث وراء تلك القاعدة عن قاعدة اسناد أخرى خاصة بعلاقات النيابة ؟

الواقع أن بين التصرفات التى تتم بطريق الأصالة وبين تلك التى تتم بطريق النيابة فروقا تنبغى مراعاتها فيما يتقرر من حل لتنازع القوانين بشأنها ولعل قاعدة التنازع الخاصة بالعقود والتصرفات قد نظرت أساسا الى العلاقات العقدية المبرمة بطريق الأصالة فلم تفسح مجالا لما تتميز به علاقات النيابة من خصائص لا نجدها فى العلاقات العقدية العادية .

واختلاف علاقات النيابة عن العلاقات العقدية العادية قائم من أكثر من وجه :

١ ــ فالعلاقة العقدية العادية علاقة ثنائية المتعاقد فيها هو نفسه الطرف فى العقد أما العلاقة العقدية المبرمة بطريق النيابة فهى علاقة ثلاثية تنشؤها ارادة النائب بتلاقيها مع ارادة الغير المتعاقد معه ولكن آثارها تلحق الأصيل فالمتعاقد ــ وهو النائب ــ ليس هو الطرف فى العقد وانما هو أحد أركان هذه العلاقة الثلاثية وارادته هى الموصلة بين ركنيها الآخرين وهما الأصيل والغير .

٢ ــ والعلاقة العقدية التى تتم بطريق الأصالة لا مدخل فيها لارادة شخص آخر غير ارادة المتعاقدين الطرفين فى العلاقة أما علاقات النيابة فنواجه فيها ارادة ثالثة هى ارادة الأصيل ، وهذه ان لم تكن هى المنشئة للعقد الا أنها ــ فى النيابة الاختيار

(الاتفاقية) — هى مصدر صفة النائب فى احداث آثار قانونية تلحق الأصيل وبهذا الوصف يتعين الاعتداد بها للقول بوجود تلك الصفة للنائب أولا ثم لتحديد نطاقها أى مدى نيابة النائب ثانيا (١) .

٣ — ثم أن العلاقة العقدية التى تتم بطريق النيابة ينظر فيها من حيث قيامها الى شخص النائب ويعتد فى نشأتها بارادته بينما ينظر فى آثارها الى شخص الأصيل ويعتد فى ذلك بأهليته وهذا الانفصام بين السبب (أى التصرف القانونى) وبين المسبب (أى آثار ذلك التصرف) غير موجود فى العلاقات العقدية العادية التى تتم بطريق الاصالة .

١٩٠ — فاذا نظرنا على ضوء هذه الاختلافات الى قاعدة التنازع الخاصة بالعقود وجدناها فى معظم القوانين الوطنية تشير الى حلول ثلاثة أولها اخضاع العقد للقانون الذى تحدده ارادة الطرفين (قانون الارادة) وثانى هذه الحلول اخضاع العقد لقانون الموطن المشترك للطرفين وثالثها اخضاعه لقانون الدولة التى تم فيها العقد . وهذه الحلول هى التى نصت عليها المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى بقولها:

« يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه » (٢) .

---

(١) أنظر آنفا بند ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) وتقابلها فى القانون المدنى السورى المادة ٢٠ وفى القانون المدنى الليبى المادة ١٩ فى القانون المدنى العراقى المادة ٢٥ وفى القانون المدنى الجزائرى المادة ١٨ وهذه لا تشير الى تطبيق قانون الموطن المشترك بل تنص على تطبيق قانون الدولة التى تم فيها التصرف اذا لم تكن الارادة قد اتجهت الى تطبيق قانون آخر . يلاحظ على النص العربى لهذه المادة ١٩ من القانون المصرى أنه يستعمل لفظ « المتعاقدين » بينما ورد فى النص الفرنسى لهذه المادة لفظ « الطرفين المتعاقدين parties contractantes وقد تقدم لنا القول بانه فى علاقات النيابة لا يكون المتعاقد هو الطرف .

فضوابط اسناد العقد الى القانون الذى يسرى عليـه هى اما الارادة واما الموطن واما مكان الانعقاد وضوابط الاسـناد المذكورة أيسر تحديدا فى العلاقات العقدية العادية اذا الارادة هى ارادة الطرفين المتعاقدين والموطن المشترك هو موطنهما ومكان انعقاد العقد هو المكان الذى تلاقت اراداتاهما فيه ، غير أن ضوابط الاسناد هـذه نفسها تصبح أقل انضباطا وأعسر تحديدا فى علاقات النيابة المثلثة الأركان فالى جوار ارادتى المتعاقدين (النائب والغير) لدينا ارادة الأصـيل فأى هذه الارادات الثلاث هو الذى يحدد القانون الذى يسرى على العقد ؟ هل ينفرد بذلك النائب والغير وهما المتعاقدان أم أن لارادة الأصيل دورا فى تحديد القانون واجب التطبيق وما هو هذا الدور ؟ ثم ماذا لو حدد الأصيل قانونا معينا على أنه المنطبق على العلاقة العقدية ثم أشار النائب والغير فى العقد الذى يبرمانه الى قانون آخر ؟ كل هذه أسئلة يثيرها تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود على علاقات النيابة دون أن نجد لها فى تلك القاعدة جوابا .

وما يقال عن الارادة كضابط اسناد يصدق أيضـا على الموطن ، ذلك أن من شأن النيابة امكان انعقاد عقد بواسطة نائب متوطن فى البلد الذى به موطن الغير (انظر آنفا بند ١٨٦) فهل نقول فى هذه الحالة بأن المتعاقدين (أى النائب والغـير المتعاقد معه) وقد اتحدا موطنا فان القانون الذى يسرى على العقد هو قانون ذلك الموطن أم ان علينا كذلك أن نعتد بموطن الأصيل ؟ كما أن من شأن النيـابة امكان انعقاد عقد بواسطة نائبين متوطنين فى بلد واحد ليس هو بلد أى من طرفى العقد فهل نعتد باتحاد المتعاقدين موطنا فى هذه الصورة بصرف النظر عن أن ذلك الموطن لا شأن له بأى من الطرفين الأصيلين المختلفين موطنا بل أن اتحاد النائبين موطنا قد يكون من فعل الصدفة المحضة التى لم تخطر على ذهن أى من الأصيلين ؟

أما مكان الانعقاد كضابط اسناد فانه يثير من الصعوبات أقل مما تثيره الارادة أو يثيره الموطن على أنه مع ذلك لا يخلو فى حالة النيابة من الحاجة الى مزيد من التوضيح ، ذلك أن العقد من حيث هو تلاقى ارادتين على مضمون معين ظاهرة غير مادية ليس لها حيز حقيقى فى المكان (١) فالعقود من هذه الوجهة تختلف عن كثير من طوائف العلاقات القانونية التى تتناولها قواعد التنازع اذ أن من تلك الطوائف ما له حيز مكانى موضوعى لا يثير صعوبة فى الاستدلال عليه كالأموال مثلا فحيزها فى المكان هو موقع وجودها وكشكل العقود وسائر التصرفات القانونية اذ يتحدد الحيز المكانى للشكل بالجهة التى تحرر فيها الورقة أو التى يباشر فيها عمله الموظف العام المختص بالتوثيق الى غير ذلك . أما العقود من حيث مضمونها فتحديد مكان انعقادها أمر ليس بمثل هذه السهولة وبخاصة فى العقود التى تتم بين غائبين مع اختلاف القوانين الوطنية من حيث أخذ بعضها بمذهب تصدير القبول وبعضها الآخر بمذهب العلم بالقبول فاذا فرضنا أن النائب وجه ايجابا بالمراسلة الى شخص مقيم فى دولة غير التى بها موطن النائب وكان القانون الذى يسرى على مضمون العقد يأخذ بمذهب تصدير القبول فمكان الانعقاد فى هذا المثال هو موطن الغير فهل يسرى على علاقة النيابة (بالتحديد الوارد فى البند ١٨٨ آنفا) قانون موطن الغير أم أن الأولى اخضاع تلك العلاقة لقانون موطن النائب باعتباره المكان الذى يباشر فيه النائب نشاطه عادة لحساب الأصيل والذى

(١) « ان انعقاد العقود يتجلى ، وبخاصة فى ظل الرضائية الحديثة ، كحدث نفسى هو تلاقى الارادتين لا يحتل بذاته حيزا محددا فى المكان ومصداق ذلك صعوبة تحديد مكان انعقاد العقود التى تتم بالمراسلة وهى حالة شائعة فى العلاقات الدولية ومصداق ذلك أيضا وبصفة أخص أن مكان الانعقاد كثيرا ما تمليه ظروف عرضية بحتة لا تعلق لها بالمصالح الدائمة للأطراف مثل أن يلتقى النائبون عنهم فى جهة ليست مقر أعمال أى من أطراف العقد » هنرى باتيفول : المظاهر الفلسفية للقانون الدولى الخاص ، باريس ١٩٥٦ ص ٢٤٧ .

يمثل بالنسبة الى الغير كافة حيزا مكانيا موضوعيا ظاهرا من السهل عليهم أن يدركوه وأن يحسبوا حساب القانون المنطبق فيه فضلا عن أن المكان الذى يباشر فيه النائب نشاطه معروف للأصيل بينما مكان انعقاد العقد فى مثل المثال المتقدم قد لا يكون معروفا له ولا دخل فى تقديره ؟ .

١٩١ — يبين لنا مما تقدم أن علاقة النيابة تتميز عن العلاقة العقدية العادية بخصائص لا تخلو من تأثير على تطبيق قاعدة التنازع العامة فى شأن العقود والتصرفات القانونية وبعبارة أخرى أن خصائص علاقة النيابة تتطلب ايجاد قاعدة اسناد متميزة تكون أكثر تخصيصا من قاعدة الاسناد المعمول بها فى شأن العقود بصفة عامة وأكثر اتساقا مع الطابع المميز لعلاقة النيابة بحيث تعطينا حلولا لتنازع القوانين التى تناسب ما نجده فى العلاقات العقدية التى تتم بطريق النيابة من خصائص لا نجدها فى العلاقات العقدية العادية (١) .

وهذا الاتجاه نحو مزيد من التخصيص فى طوائف العلاقات القانونية التى تتولى قواعد الاسناد تعيين القوانين المنطبقة عليها أصبح ملحوظا فى السنوات الأخيرة فى فقه القانون الدولى الخاص وفى محاولات تقنينه فبعد الطوائف الواسعة من العلاقات القانونية مثل الحالة والأهلية أو الأحوال الشخصية أو العقود والتصرفات القانونية — وهى أمثلة لطوائف العلاقات القانونية التى كانت تتناولها قواعد الاسناد التقليدية — أصبحت الجهود مركزة الآن على طوائف أضيق

---

(١) لا يزال الرأى فى الفقه منقسما حول تخصيص علاقة النيابة بقاعدة اسناد مستقلة اذ نجد فى أحدث كتابين تناولا الموضوع (أنظر حاشية البند ١٩٢) أن الفقيه البلجيكى ريجو يذهب الى هذا الرأى بينما يكتفى الفقيه الايطالى ستار اتشى باسناد علاقة النيابة الى القانون الذى يحكم العقد الذى يبرمه النائب .

نطـاقا وأكثر تحديدا تقابل كل طائفـة منها قاعدة اسناد خاصة بهـا ويكفى كمثال على هذه الجهود الاتفاقات ومشروعات الاتفاقات التى أعدها مؤتمر لاهى فى دوراته الأخيرة فالقواعد التى اتفقت عليهـا الدول فى الدورات المذكورة تنصب مثلا على بيع المنقولات المادية أو على نفقة الفروع أو على شكل الوصايا وكلها طوائف أضيق بكثير من الطوائف التى كانت تحاول الدول أعضاء مؤتمر لاهاى أن تجد لهـا فى الماضى حلولا لتنازع القوانين (١) .

والنيابة تعتبر نموذجا لطائفة محـددة تحديدا دقيقا تصـلح موضوعا لقاعدة اسناد خاصة بها يمكن أن تتبناها النظم الوطنية المختلفة دون أن تثور بشأنها صعوبات التكييف التى تثور عادة بمناسبة تطبيق قواعد الاسناد الخاصة بطوائف العلاقات القانونية الواسعة (٢) فقد ظهر من الدراسة المقارنة التى قمنا بها فى هذا الكتاب أن للنيابة فى مختلف النظم القانونية الوطنية وحدة فنية تجمع بينهـا فى الكليات بحيث يمكن فى أى نظام من النظم القانونية الوطنية تكييف أى وضع نجد فيه أن آثار تصرف يبرمه شخص معين تلحق مباشرة وعلى وجه الاقتصار شخصا آخر غير الذى أبرم التصرف بأنه علاقة نيابة تحكم تنازع القوانين فى شأنها قاعدة الاسناد الخاصة بالنيابة .

وبالفعل فان مؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص قرر فى دورته الثانية عشرة المنعقدة سـنة ١٩٧٢ ادراج النيابة فى جـدول أعمـال دورته الثالثة عشرة ، ونتيجة للأعمال التحضيرية التى قام بها المكتب

---

(١) ريجو ، ص ٢٦٨ .

(٢) أنظر فى التكييف بحثنـا المنشـور فى مجـلة المحاماة ، السـنة الاربعين (١٩٥٩ ـ ١٩٦٠) ص ١٧٨ وما بعدها .

الدائم للمؤتمر واللجنة الخاصة بموضوع تنازع القوانين فى النيـابة تمكن المؤتمر فى دورته الثالثة عشرة (١٩٧٧) من اقرار اتفاقية ، هى السابعة والعشرون من اتفاقيات لاهاى ، بشأن القانون واجب التطبيق على النيابة وسنستعرض أحكام هذه الاتفاقية فى نهاية الفصل الثالث من هذا الباب (البند ٢٠٨ وما بعده) ٠

الفصل الأول

الحلول المقترحة لتنازع القوانين فى علاقات النيابة

١٩٢ ــ كما أن فقه القانون المدنى لم يعرف النيـــابة كنظام قائم بذاته متميز عن تطبيقاته المختلفة الا منذ عهد قريب نسبيا فكذلك فقه القانون الدولى الخاص لم يتعرض للنيابة من حيث هى نظام ذو كيان يتجاوز حاصل جمع تطبيقاته التى تعرفها التقنينات المدنية وقد ينطبق بقواعده العامة على أوضاع أخرى غير تلك التطبيقات التقليدية المحددة ، وانما انصرفت جهود فقهاء القانون الدولى الخاص الى ايجاد حلول تنازع القوانين فى خصوص هذا التطبيق أو ذاك من تطبيقات النيابة فتعرضوا مثلا لتحديد قاعدة اسناد خاصة بالوصاية وبغيرها من نظم حماية ناقصى الأهلية وبحثوا عن قاعدة اسناد أخرى خاصة بعقد الوكالة (١) غير أنهم لم يلتفتوا الا منذ زمن قريب الى ضرورة حـــل تنازع القوانين بشأن النيابة بصفة عامة وايجاد قاعدة اسناد تضـــع

---

(١) انظر على سبيل المثال : دى لابراديل ونيبواييه ، موسوعة القانون الدولى ، باريس ١٩٣١ ، جـ ١٠ بند ١٠ وما بعده تحت عنوان الوصاية و جـ ٩ بنده ومابعده تحت عنوان الوكالة ، وباتيفول ، تنازع القوانين فى العقود ، باريس ١٩٣٨ بند ٣٠٥ وما بعده ، وللمؤلف نفسه Traité élém. de D.I.P. باريس ١٩٥٩ بند ٦٠٩ ، وجراوليش ، مبادىء القانون الدولى الخاص باريس ١٩٦١ بند ٨٥ ، ١١٠ .

لنا حلولا لكل حالات النيابة كنظام عام قائم بنفسه ، لذلك نجد حلول التنازع المتعلقة بالنيابة فى كتب القانون الدولى الخاص الأمهات تحت عنوان الوكالة أو الوصاية الى غير ذلك وتنصب الحلول التى يقترحها المؤلفون على العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أكثر من تعلقها بالوجه الخارجى للنيابة : وجه علاقة الغير بالأصيل نتيجة لما يبرمه النائب من تصرف قانونى فهذا الوجه عندهم كما سنرى يعتبر تارة فرعا عن أصل هو العلاقة الداخلية فيسرى عليه قانونها أو هو يستلحق تارة أخرى تلك العلاقة الداخلية باعتباره الغرض الرئيسى منها فينطبق على علاقة النائب بالأصيل القانون الذى يحكم العقد الذى يبرمه النائب مع الغير •

ولا غرابة فى أن يكون عهد القانون الدولى الخاص بالنيابة حديثا الى هذا الحد فقواعد تنازع القوانين انما تعمد الى طوائف العلاقات التى تعرفها القوانين الوطنية فتسند كل طائفة منها الى قانون وطنى معين متى تعددت القوانين التى يمكن أن تنطبق عليها ، والنيابة كطائفة متميزة من طوائف العلاقات القانونية جديدة نسبيا فى القوانين الداخلية كما رأينا فلا غرابة فى أن لا يلتفت اليها فقهاء القانون الدولى الخاص الا بعد أن يستقر أمرها فى مختلف القوانين الوطنية بفترة من الزمان (١) •

---

(١) لعل أول دراسة تعرضت لتنازع القوانين فى النيابة بوجه عام هى الرسالة التى قدمها يوجين فيستر بالألمانية الى جامعة زيوريخ سنة ١٩٢٧ •

Pfister, Vollmacht und Stellvertretung im internationalen Privatrecht, Zürich, 1927.

وتلتها بعض المقالات والأبحاث المتفرقة الى أن ظهرت دراستان جامعتان احداهما فى سنة ١٩٦٢ من قلم الفقيه الايطالى فينتشنزو ستاراتشى

Starace, La rappresentanza nel diritto internazionale privato, Napoli, 1962.

والدراسة الثانية ظهرت فى سنة ١٩٦٣ وقام بها الفقيه البلجيكى فرانسواريجو

Rigaux, Le statut de la représentation, Etude de D.I.P. comparé, Leiden, 1963.

انظر صيغة مختصرة لمحتويات هذا الكتاب فى الفصل الذى كتبه المؤلف نفسه فى =

على أن استقراء الحلول المختلفة التي قال بها فقهـــاء القانون الدولي الخاص في مختلف تطبيقات النيابة يمكن أن يعطينا فكرة عن تنوع تلك الحلول وتباينها وهـــو ما سنعرض له في مبحثين نخصص الأول للنيـــابة الضرورية (القانونية) والثـــاني للنيابة الاختيارية (الاتفاقية) وذلك قبل أن نعمد الى محاولة لصياغة قاعدة اســـناد يعطينا حلولا لتنازع القوانين في علاقات النيابة بوجه عام •

المبحث الأول

حلول تنازع القوانين في النيابة الضرورية (القانونية)

١٩٣ ــ لم يبلغ اختلاف أحكام القوانين الوطنية وتباين آراء الفقهاء في حل تنازع القوانين في شأن النيابة الضروية (القانونية) ما بلغه في شأن النيابة الاختيارية ولعل مرجع ذلك اعتباران :

الأول ــ أن الأصيل في النيـــابة الضرورية ليس له في علاقة النيابة الدور الذي له في النيابة الاختيارية فهو من حيث المبدأ معدوم الارادة أو ناقصها ومن ثم ينفرد بأمر العلاقة القانونية في واقع الأمر النائب والغير الذي يتعاقد معه فضلا عن أن أحكام نظم حماية فاقدي الأهلية أو ناقصيها هي في كل القوانين الوطنية أحكام آمرة لا سبيل للأفراد الى مخالفتها •

والاعتبار الثاني ــ أن حالات النيابة الضرورية تتصل قبل كل

= «الموسوعة الدولية للقانون المقارن» المجلد الثالث (القانون الدولي الخاص) الفصل ٢٩ وقد صدر هذا الفصل على حدة سنة ١٩٧٣ شأن سائر فصول هذه الموسوعة التي تصدر تباعا •

وانظر الفصول التي عقدها لتنازع القوانين في النيابة رابيل في الجزء الثالث من كتابه طبعة ١٩٦٤ والفصل القصير الذي خصصه لهذا الموضوع شميتوف في الدروس التي القاها بأكاديمية القانون الدولي بلاهاي سنة ١٩٧٠ (أنظر الاحالة الكاملة الى هذين المرجعين تحت اسم كل مؤلف في قائمة المراجع بذيل هذا الكتاب) •

شيء بحماية فاقدى الأهلية أو ناقصيها ولهذا يغلب فى تحرى الحل تنازع القوانين بشأنها هذا الاعتبار .

هذا وأن النيابة عن فاقدى الأهلية وناقصيها فرع عن الأهلية فى ذاتها والأهلية فى معظم القوانين الوطنية مسندة الى القانون الشخصى لفاقد الأهلية أو ناقصها (وهـذا القانون هو اما قانون الجنسية أو قانون الموطن بحسب نظرة كل مشرع وطنى الى ضابط الاسناد الأرجح فى تقديره) لذلك نجد أن النيابة عن فاقدى الأهلية وناقصيها يحكمها قانون جنسية الأصيل أو قانون موطنه (١) .

غير أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات فى قوانين بعض الدول فولاية الأب أو الجد مثلا قد ينطبق عليها قانون جنسية الأب أو الجد أى القانون الشخصى للنائب بدلا من القانون الشخصى للأصيل وهذا هو ما تنص عليه مثلا المادة ١٩ من الأحكام التمهيدية للقانون المدنى الألمانى والمادة ١٠ من الأحكام التمهيدية للقانون المدنى الايطالى .

وكذلك تصرفات الزوج عن زوجته فى القوانين التى ترتب على الزواج قيدا على أهلية الزوجة فهذه يتعين اسنادها الى القانون المنطبق على الزواج بوصف تلك الأهلية المقيدة أثرا من آثاره (٢) وقد لايكون القانون المذكور هو القانون الشخصى للأصيل أى للزوجة فى الصورة التى نحن بصددها .

وقاعدة اخضاع تصرفات النائب عن ناقص الأهلية لقانون جنسية الأصيل نصت عليها اتفاقية لاهاى المبرمة فى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ فهذه

---

(١) ريجو ، المرجع السابق ص ٩٥ والمراجع المشار اليها فيه .

(٢) جراوليش ، المرجع المذكور ، بند ١٦٢ حاشية ٢ .

الاتفاقية تخضع كل ما يتصل بالوصاية لقانون جنسية القاصر بما فى ذلك تحديد سلطات الوصى ومدى ولايته وحدود تصرفه بالنيابة عن الأصيل وأحكام هذه الاتفاقية لا تزال سارية بين عدد من الدول الأوروبية وإن تكن فرنسا والسويد قد انهتاها بالنسبة اليهما .

١٩٤ — على أن من تطبيقات النيابة القانونية ما لا تكون صفة النائب فيه مستمدة رأسا من القانون كما فى ولاية الأب أو الجد مثلا بل يحتاج الأمر فيها الى حكم من القضاء وهذه التطبيقات ذات الصبغة القضائية منها ما يكون منظورا فيه الى حماية الأصيل (كالوصاية والقوامة) ومنها ما تكون له صفة العقوبة أو الجزاء (كنقص الأهلية المترتب على عقوبة جنائية أو على الافلاس) وفى الحالين تثور فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى مسألة أولية هى أثر الحكم القضائى خارج اقليم الدولة التى صدر فيها (١) .

فحيثما يتعلق الأمر بالحالة والأهلية أى كلما كان منظورا فى الحكم القضائى الى حماية الأصيل كما فى الوصاية والقوامة فان القاعدة هى احترام أثر الحكم الأجنبى واعتباره نافذا بدون حاجة الى الحصول من قضاء الدولة على أمر بالتنفيذ فللوصى أو للقيم المعين بحكم صادر من قضاء دولة معينة أن يباشر مهمته فى أية دولة أخرى وأن يتصرف لحساب القاصر أو المحجور عليه بتلك الصفة التى أسبغها عليه الحكم ويسرى على تصرفاته القانون الشخصى للقاصر أو للمحجور عليه ولا يحتاج الوصى أو الولى الى أمر بالتنفيذ مالم يكن المطلوب القيام بعمل فعلى من أعمال التنفيذ الجبرى للحكم الذى أسبغ عليه صفته .

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع بصفة عامة مؤلف الأستاذ الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض
Riad, La valeur internationale des jugements en droit comparé, Paris, 1955.

أما اذا تعلق الأمر بقيد يرد على الأهلية كعقوبة تبعية فالقاعدة أن الأحكام الجزائية لا تتجاوز آثارها اقليم الدولة التى أصدرت محاكمها الحكم ولذا فان القيم الخاص الذى يعين لادارة أموال المحكوم عليه بجناية ليس له أن يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه فى اقليم دولة أخرى.

وبالنسبة لكف يد المفلس عن أمواله نجد أن هناك مذهبين : الأول مذهب وحدة التفليسة وبمقتضاه يكون للسنديك الذى تعينه محكمة اشهار الافلاس المختصة (أى محكمة موطن المفلس) صفة فى التعامل باسم المفلس فى غير الدولة التى صدر فيها حكم اشهار الافلاس وهذا الحل يكون فى العادة نتيجة لاتفاقية دولية وان تكن محاكم بعض الدول ــ مثل بلجيكا ــ تسير عليه بصفة عامة ، أما بين الدول التى لا تربطها مثل هذه الاتفاقية فالمذهب الثانى هو السائد وهو مذهب اقليمية التفليسة وبمقتضاه لابد من حكم يصدر باشهار افلاس التاجر من محاكم كل دولة تكون له فى اقليمها أموال يراد ضمها الى مجموعة أموال المفلس واذن فلا يكون للسنديك طبقا لهذا المذهب أن يتعامل باسم المفلس ولحساب جماعة الدائنين فى خارج اقليم الدولة التى عينته محاكمها سنديكا ، وان يكن القضاء فى بعض الدول ــ مثل فرنسا وسويسرا ــ يسمح للسنديك المعين بحكم أجنبى برفع الدعاوى وبمباشرة أعمال الادارة فى الدولة الأخرى (١) .

المبحث الثانى

حاول تنازع القوانين فى النيابة الضرورية (القانونية)

١٩٥ ــ بينما لا نجد كبير خلاف حول القانون المنطبق على علاقات النيابة الضرورية (القانونية) نجد أن علاقات النيابة الاختيارية

(١) أنظر ريجو ، المرجع السابق ص ١٠١ ــ ١٠٣ والمراجع المشار اليها ثمة .

(الاتفاقية) كانت ولا تزال ميدانا فسيحا لاختلاف الآراء حول القانون المنطبق عليها وسنستعرض فيما يلي هذه الآراء المختلفة تباعا فى غير اطناب لا تقتضيه المقام •

١ — تطبيق قانون الارادة : القانون الذى يختار الطرفان تطبيقه له فى جميع العلاقات العقدية الأولوية فى حكم علاقتهما وجميع حلول التنازع الأخرى ليست الا حلولا تبعية بمعنى أنه لا محل لتطبيقها الا فى الحالة التى لا يكون الطرفان قد اختارا فيها القانون الذى يحكم العقد المبرم بينهما •

غير أننا فى النيابة نكون أمام ثلاث ارادات — ارادة الأصيل وارادة النائب وارادة الغير الذى يتعامل مع النائب — والرأى الذى يأخذ به معظم الشراح هو الاعتداد فى علاقات النيابة بالقانون الذى يحدده الأصيل وحده فمتى أشار الأصيل فى الانابة الصادرة منه الى قانون وطنى معين يحكم علاقة النيابة فهذا القانون ينطبق على العلاقة •لا محل هنا للاعتداد بارادتى النائب والغير وان كانا هما المتعاقدان اللذان ينشئان العقد بارادتيهما • وهناك قلة من الشراح لا ترى تطبيق القانون الذى يحدده الأصيل فى الانابة التى تصدر عنه فكأنهم يستبعدون من نطاق علاقة النيابة قانون الارادة وهو القانون الذى تسند اليه فى الأصل كافة العلاقات العقدية (١) •

وقد تأثرت بعض مشروعات الاتفاقات الدولية بهذا الاتجاه الأخير فنجد مثلا أن المشروع الذى أعدته جماعة القانون الدولى فى مؤتمريها المنعقد أولهما فى كوبنهاجن سنة ١٩٥٠ وثانيهما فى لوسرن سنة ١٩٥٢ يسند علاقة الأصيل والنائب الى قانون الارادة ولكنه يسند علاقة الأصيل والغير رأسا الى قانون المكان الذى يتعاقد فيه النائب فكأنه

(١) ريجو ، ص ١١٢ — ١١٤ والمراجع المشار اليها فيه •

يستبعد تطبيق قانون الارادة فيما يخص علاقة النيابة ويقصره على العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل . وقد أبدت بعض الدول مثل هذا الرأى خلال أعمال الدورة التاسعة لمؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص .

٢ ــ تطبيق القانون الشخصى للأصيل : هذا هو أقدم الحلول التى اقترحها الفقه لتنازع القوانين فى علاقات النيابة فمنذ أواخر القرن الماضى نجد كثيرا من الفقهاء يقولون باخضاع الوكالة ــ من حيث ترتيب آثار مباشرة لتصرف الوكيل فى ذمة الموكل ومن حيث مدى سلطات الوكيل ــ الى القانون الشخصى للموكل وهذا القانون هو اما قانون موطنه واما قانون جنسيته على حسب الآراء ومن أصحاب هذا الحل ستورى وزولان وسورفيل وفون بار وفرانكنشتاين وبالادورى باليرى وغيرهم . وحجة القائلين بهذا الحل أن الأصيل تنبغى حمايته من مغبة ما قد يقدم عليه نائبه من تصرفات فى الخارج ولا تتأتى هذه الحماية الا بتطبيق قانون الأصيل الذى يعرفه جيدا والذى صدرت عنه الانابة فى ظله كما أن تطبيق هذا القانون يتفق وتفسير ارادة الأصيل الضمنية اذ لو كان قد اختار قانونا معينا لكان ذلك القانون هو قانون موطنه أو قانون جنسيته .

٣ ــ تطبيق قانون موطن النائب : هذا الحل أحدث عهدا من سابقة ولم ينل موافقة عدد كبير من الشراح وأول من قال به الفقيه السويسرى فيستر فى رسالته التى سبقت الاشارة اليها ثم تابعه فى هذا الرأى فقيه سويسرى آخر هو موزر فى مقال نشره فى الكتاب التذكارى للعيد الخمسينى لمعهد التجارة العالى فى سان جالن سنة ١٩٤٩ كما أخذ بهذا الرأى الى حد كبير الفقيه شنيتزر فى كتاب له فى القانون الدولى الخاص نشر سنة ١٩٥٠ .

وحجة هذا الرأى أنه وسط بين تطبيق قانون الأصيل وبين تطبيق

قانون مكان التعاقد (والمفروض فى الصورة التى انحصر فيها اهتمام معظم الشراح أنه أيضا مكان موطن الغير) فبدلا من تفضيل الأصيل على حساب الغير أو العكس يذهب هذا الرأى الى أن قانون موطن النائب هو الأولى بحكم علاقة النيابة لكونه تصرف النائب هو الصلة التى تربط بين الأصيل والغير ولكون هذا القانون معروفا لكليهما بحكم تعاملهما مع النائب •

٤ - تطبيق قانون العلاقة الداخلية : هذا هو الحل الذى تأخذ به أغلبية الشراح فى فرنسا وايطاليا وبلجيكا مثل لوران وفايس وديسبانييه ونبوابيه وتارتوفارى وفيدوتزى وموناكو وفينتوس ودى فوس ومؤدى هذا الرأى اخضاع علاقة النيابة للقانون الذى يحكم ما بين النائب والأصيل من علاقة وهى فى الغالب الأعم عقد وكالة وحجة هذا الرأى هى أن ارادة الأصيل الضمنية قد اتجهت الى تطبيق هذا القانون وظاهر أن هذا الحل يستوحى المذهب اللاتينى التقليدى الذى لا يفرق بين النيابة والوكالة ويعتبر الأولى مجرد أثر من آثار عقد الوكالة (١) كما أن هذا الحل فى نظر أصحابه يكفل حماية الأصيل مثله مثل الحل القائل بتطبيق القانون الشخصى للأصيل •

٥ - تطبيق قانون العقد الذى يبرمه النائب : نادى بهذا الحل فى ألمانيا زيتلمان ويطلق على قانون العقد الذى يبرمه النائب اسم « قانون العملية الرئيسية » باعتبار أن ذلك العقد هو الهدف المقصود من الانابة ، كما قال به فى فرنسا باتيفول وفى انجلترا برسلاور وعنده أن القضاء الانجليزى يطبق هذا الحل ، كما نادى به أخيرا فى ايطاليا كل من كاسونى فى بحث له منشور فى مجلة القانون الدولى الايطالى سنة ١٩٦٠ وستاراتشى فى الكتاب الذى خصصه للنيابة فى القانون الدولى الخاص •

---

(١) انظر آنفا بند ٧٣ وما بعده •

وحجة هذا الرأى أن النيابة تثير مسائل متعلقة بصحة العقد الذى يبرمه النائب وبآثاره ولذا يتعين سريان قانون واحد على العقد وعلى علاقة النيابة بل أن الأستاذ باتيفول يذهب الى حد اسناد عقد الوكالة فى مجموعة القانون مكان انعقاد العقد الذى يبرمه الوكيل وذلك باعتباره القانون المنطبق على هذا العقد فان سرى على العقد المذكور قانون آخر كقانون مكان التنفيذ مثلا ، كان لهذا القانون الأخير أيضا الاختصاص بحكم عقد الوكالة فالمهم فى رأيه أن تخضع الوكالة والعقد الذى يبرمه الوكيل لقانون واحد هو عنده قانون هذا العقد الثانى (١).

٦ ـ تطبيق قانون المكان الذى تعاقد فيه النائب : هذا الحل يقترب كثيرا من الحل السابق اذ أن قانون مكان التعاقد هو غالبا قانون العقد اللهم الا فى بعض حالات خاصة كما لو اتفق الطرفان على تطبيق قانون آخر (وهذه الحالة لا تعنينا لأن قانون الارادة كما رأينا ينطبق بالأولوية على أى قانون آخر ولا مجال مع تحديده للبحث عن حل آخر لتنازع القوانين) والا فيما لو انطبق على العقد قانون مكان التنفيذ دون قانون مكان التعاقد نتيجة لتطبيق قواعد التنازع فى قانون المحكمة التى تنظر النزاع والا فى حالة التعاقد بين غائبين وهذه أهم حالة قد يختلف فيها مكان الانعقاد الحكمى عن المكان الذى تعاقد فيه النائب فعلا وبالتالى لا يكون قانون العقد هو نفسه قانون المكان الذى أبرم فيه النائب العقد .

وتطبيق قانون المكان الذى تعاقد فيه النائب أصبح الآن هو الحل الأكثر ذيوعا فى الاتفاقات الدولية وفى مشروعات القوانين الموحدة فقد أخذت به معاهدة توحيد قواعد القانون الدولى الخاص بين بلاد

---

(١) باتيفول Traité élémentaire de D.I.P. باريس ١٩٥٩ ، بند ٦٠٩ ، وباتيفول « تنازع القوانين فى العقود » بند ٣١٩ وانظر مثل هذا الرأى عنه جراوليش المرجع السابق بند ٨٥ .

البينيلوكس (بلجيكا وهولندا ولوكسمبرج) المعقودة فى لاهاى فى ١١ مايو سنة ١٩٥١ وذلك فى المادة ٢٢ منها كما أخذ بهذا الحل المشروع الأول لمعهد توحيد القانون الخاص الصادر سنة ١٩٥٥ (المواد ٦ و ٧ فقرة ٢ و٢١ فقرة ٢ و ٢٤ فقرة ٢ من المشروع المذكور) والمشروع الأخير لذلك المعهد الصادر سنة ١٩٧١ (المادتان ١١ فقرة ٢ و ٣٤ ب من المشروع) وكذلك أخذ بهذا الحل نفسه المشروعان اللذان أعدتهما جماعة القانون الدولى كما تطبقه محاكم كثير من البلاد (١) وغالبا ما يقترن هذا الحل بقيد هو أن يكون الأصيل قد رخص للنائب فى التعاقد فى البلد الذى تعاقد فيه أو فى الخارج على وجه العموم .

١٩٦ ـ هذه هى الحلول المختلفة التى نجدها فى الفقه وفى تقنينات قواعد التنازع وفى أحكام القضاء فى مختلف الدول على أن تعدد هذه الحلول لا يعنى أن القانون المنطبق على علاقة النيابة يمكن أن يتعدد بقدر تعدد الحلول المقترحة فالواقع أن القوانين الوطنية التى يمكن أن تتنازع حكم علاقة النيابة لا يمكن عملا أن تزيد على ثلاثة والحلول التى عرضناها فى البند السابق يمكن رد بعضها الى بعض لأن القانون الذى يشير بتطبيقه أحدها يكون غالبا هو نفسه القانون الذى يؤدى الى تطبيقه الأخذ بالحل الآخر .

فقانون الارادة مثلا هو غالبا القانون الشخصى للأصيل وهو أيضا فى الغالب قانون العلاقة الداخلية ، ذلك أن الأصيل اذا اختار فانما سيختار قانون موطنه وهذا القانون هو أيضا الذى ينطبق فى معظم الحالات على علاقته بنائبه اذ الأغلب أن تنشأ تلك العلاقة فى ظل

---

(١) ريجو ص ١٣٨ ـ ١٤٠ وانظر فى المرجع المذكور تطبيقات هذا الحل فى قضاء كل من المانيا وسويسرا وانجلترا وغيرها ص ١٤١ ـ ١٦٧ . وانظر تطبيقات هذا الحل فى قضاء الولايات المتحدة فى رابيل جـ ٣ ص ١٦٠ .

القانون المذكور وهكذا تتفق ثلاثة حلول مختلفة نظريا في الاشارة الى قانون وطنى معين على أنه المنطبق على علاقة النيابة .

كذلك فان قانون المكان الذى يتعاقد فيه النائب هو فى الأغلب الأعم قانون العقد الذى يبرمه النائب كما أنه قد يكون هو نفسه قانون موطن النائب فى حالات الأشخاص الذين يحترفون فى موطنهم النيابة عن أشخاص متوطنين فى الخارج وهو وضع شائع فى التجارة الدولية .

وهكذا تلتقى فى النتيجة العملية حلول يبدو أنها تختلف فى أساسها النظرى وفى صياغتها اختلافا بينا ، ولو أمعنا النظر فى الحلول المختلفة لأمكن أن نرجع اختلافها الى أحد اعتبارات أربعة تساق أحيانا لتبرير هذا الحل أو ذاك من حلول تنازع القوانين بشأن علاقة النيابة :

١ ــ الاختلاف فى تحديد الطبيعة القانونية للنيابة : فالقائلون ــ طبقا للمذهب القديم فى الفقه التقليدى ــ بأن النيابة مجرد عنصر من عناصر عقد الوكالة تجعلهم هذه النظرة يسندون النيابة الى القانون المنطبق على الوكالة (قانون العلاقة الداخلية) أما القائلون باسناد علاقة النيابة الى قانون العقد الذى يبرمه النائب فكأنهم ــ وان لم يصرح أحد منهم بذلك ــ قد اعتبروا النيابة وصفا يلحق هذا العقد مقتربين فى هذا النظر من ليفى ــ أولمان ومن ساروا على رأيه (١) اذ أن اسناد وصف يقترن بعقد ما الى القانون الذى يحكم هذا العقد يبدو أمرا طبيعيا .

٢ ــ ترجيح مصلحة معينة على غيرها من المصالح التى تجمع بينها علاقة النيابة : فتطبيق القانون الشخصى للأصيل وكذا تطبيق قانون العلاقة الداخلية يكفل فى نظر أصحابه هذين الحلين حماية مصلحة

(١) أنظر آنفا بند ٤٧ وما بعده .

الأصيل التي هي في تقديرهم أولى بالحماية ، أما القائلون بتطبيق قانون موطن النائب أوبتطبيق قانون مكان التعاقد أو بتطبيق قانون العقد الذي يبرمه النائب فقد قصدوا الى حماية الغير الذي يتعامل مع النائب أو الغير عموما وذلك على أساس الصورة المثلى ـ في نظرهم ـ لتجاوز علاقة النيابة حدود الدولة الواحدة وهي صورة تعاقد النائب مع الغير في موطنهما المشترك أو في موطن الغير الذي يختلف عن موطن الأصيل.
والحماية التي تقصد هذه الحلول الى كفالتها تتمثل في مجرد المام صاحب المصلحة الراجحة بأحكام القانون واجب التطبيق لكونه قانون موطنه بصرف النظر عما اذا كانت أحكام ذلك القانون الموضوعية أفضل له من الأحكام الموضوعية لقانون وطني آخر كان يمكن أن ينطبق على العلاقة ، فالأصيل في الحالة الأولى والغير في الحالة الثانية يهمه أن يعرف متى وكيف تقوم بينه وبين الطرف الثاني علاقة مباشرة نتيجة للعقد الذي يبرمه النائب ويهمه أن يعرف كذلك مدى سلطة النائب وحدودها ومعرفة ذلك وفقا لقانونه أيسر له من معرفته وفقا لقانون أجنبي غريب عليه .

٢ ــ مراعاة توقعات الطرف الأجدر بالرعاية : وهذا الاعتبار يقترب من سابقه ويؤدي الى الحلول نفسها تقريبا فاذا قلنا ان الأصيل أجدر بالرعاية انتهينا الى تطبيق قانونه أو قانون العلاقة الداخلية على أساس أن تطبيق أحد هذين القانونين (وكثيرا ما يكونان قانونا واحدا) هو ما كان يتوقعه الأصيل عند صدور الانابة عنه ، أما اذا رجحنا جانب الغير فان القانون الذي يتوقع الغير تطبيقه هو قانون المكان الذي تعاقد فيه مع النائب أو قانون العقد المبرم بينهما (وغالبا يكون قانون العقد هو قانون مكان التعاقد) .

على أنه يصح أن نقول : أليس مما ينبغي أن يتوقعه الأصيل أن ينطبق على علاقة النيابة قانون أجنبي طالما كان المفروض أن الانابة

التى صدرت عنه ترخص للنائب بالتعامل لحساب الأصيل فى الخارج ؟ ان طبيعة علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبى تجعل حصر توقعات الأصيل فى تطبيق قانون موطنه أو قانون العلاقة الداخلية أمرا افتراضيا محضا كثيرا ما يخالفه الواقع .

٤ ــ تفسير ارادة الأصيل : وهذا الاعتبار هو امتداد لمبدأ تطبيق قانون الارادة فاذا لم يفصح الأصيل عن ارادة صريحة بشأن تطبيق قانون معين على علاقة النيابة ذات العنصر الأجنبى فان فى الامكان أن تنسب اليه ارادة ضمنية بشأن اختيار قانون معين وهذا القانون الذى يصير تحديده عن طريق تفسير ارادة الأصيل يصح أن يكون واحدا من عدة قوانين بحسب اختيار القائم بالتفسير فهو اما قانون موطن الأصيل واما قانون العلاقة الداخلية واما قانون مكان التعاقد اذا سلمنا بأن ارادة الأصيل وقد صدرت عنها انابة ستستعمل فى الخارج فان تطبيق قانون تلك الدولة الأجنبية يصح أن تتجه اليه ارادة الأصيل الضمنية ، وهكذا فهذا الاعتبار قد يساق تبريرا لأى حل من مختلف الحلول التى استعرضناها ولهذا لا نرى أن يكون تفسير ارادة الأصيل وتحرى ما اتجهت اليه ضمنا تلك الارادة مما يجوز أن يبنى عليه حل سليم لتنازع القوانين فى علاقات النيابة الاختيارية .

هذه هى مختلف الاعتبارات التى تستوحيها الحلول المتقدمة أو التى تساق من بعد لتبرير الأخذ بحل معين من بينها ولا تخلو هذه الاعتبارات كلها من أوجه انتقاد سنتناولها فى الفصل الثالث من هذا الباب على أننا نلاحظ منذ الآن أن الحلول الستة التى استعرضناها لا تسند كلها علاقة النيابة اسنادا مباشرا الى قانون وطنى معين بالذات فمن بينها حلان (تطبيق قانون العلاقة الداخلية وتطبيق قانون العقد الذى يبرمه النائب) لا يتضمنان سوى قاعدة اسناد غير مباشرة اذ يبقى

بعد أن نقول بأن علاقة النيابة تخضع لقانون العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أن نحدد ما هو القانون الذى يسرى على تلك العلاقة وكذلك فى حالة القول باخضاع علاقة النيابة لقانون العقد الذى يبرمه النائب يبقى علينا أن نعرف أى قانون وطنى هو الذى يسرى على ذلك العقد فهما اذن حلان يسندان علاقة النيابة اسنادا تبعيا كنتيجة لاعتبار تلك العلاقة من ملحقات علاقة عقدية معينة هى اما العلاقة التى تربط الأصيل بالنائب واما العقد الذى يبرمه هذا الأخير مع الغير .

الفصل الثانى

قاعدة اسناد علاقات النيابة الضرورية (القانونية)

١٩٧ ـ سنتناول فى هذا الفصل تحديد الحل المناسب لتنازع القوانين فى علاقة النيابة الضرورية (القانونية) ولن تثور فى هذا المجال صعوبات ذات بال لما سبق أن قلناه من أن أمر اسناد هذا النوع من علاقات النيـابة ليس محل خـلاف لتعلقه فى معظم الصـور بالنظم الموضوعة لحماية فاقدى الأهلية أو ناقصيها .

ولهذا السبب عينه لا تبلغ الأهمية العملية لتنازع القوانين فى هذا النوع من النيابة مبلغها فى النيابة الاختيارية فالنطاق المكانى لتصرفات النائب عن ناقص الأهلية لا يتجاوز موقع أموال الأصيل ووجود كل أموال القاصر أو ناقص الأهلية فى موطنه هو الأصل الغالب اذ قليل من ناقصى الأهلية من تنتشر أمواله فى اقليم أكثر من دولة واحدة ، أما التجارة الدولية ــ والنيابة الاختيارية احدى أدواتها ــ فالأصل فيها بطبيعتها أن تتجاوز حدود الدولة الواحدة وأن تصطبغ كل عملياتها التى تتم بطريق النيابة بالصبغة الدولية فتثور بصدد كل عملية منهـا مسألة تنازع قوانين .

والنيابة الضرورية تستمد وجودها من قاعدة قانونية موضوعية

لا من تصرف ارادى للأصيل كما هو الشأن فى النيابة الاختيارية وهذا الاختلاف فى المصدر لا يخلو من تأثير على حل تنازع القوانين اذ الاختصاص التشريعى بالعلاقات العقدية هو من حيث المبدأ لقانون الارادة وكافة حلول التنازع الأخرى انما هى حلول تبعية بمعنى أن القانون الذى تشير اليه تلك الحلول انما هو بديل من القانون الذى كان المفروض أن تحدده ارادة أصحاب الشأن ولما كان الأصيل فى النيابة الضرورية غير ذى ارادة صالحة لتحديد القانون واجب التطبيق فمن الطبيعى أن يكون القانون الوطنى الذى تنتمى اليه القاعدة المنشئة للنيابة هو نفسه المنطبق على علاقات النيابة الضرورية وألا يكون هناك مجال لتطبيق قانون آخر من تلك القوانين التى يعتبر تطبيقها على علاقات النيابة الاختيارية من قبيل الاسناد التبعى المترتب على تخلف قانون الارادة وهو متخلف فى علاقات النيابة الضرورية ابتداء وبحكم انتفاء الارادة لدى الأصيل •

وهناك اعتبار آخر يبرر الأخذ بالحل المذكور ــ أى اسناد علاقات النيابة الضرورية الى القانون الذى تستمد منه النيابة وجودها ــ وهذا الاعتبار هو تعلق هذا النوع من النيابة غالبا بحماية ناقصى الأهلية وهذه الحماية تعتبرها النظم القانونية الوطنية كلها من النظام العام واذن فتحديد آثار تصرف النائب بالنسبة للأصيل وتعيين مدى سلطات النائب فى التصرف باسم الأصيل وفى ايجاد رابطة مباشرة بينه وبين الغير أمور لا يمكن أن ينزل القانون الوطنى عن تنظيمها فى مجاله الخاص أى بالنسبة للمواطنين الى قانون آخر كما أن قواعد التنازع فى كل قانون وطنى لا تجد فى هذا النوع من العلاقات القانونية ما يرجح تطبيق قانون آخر عليها غير قانون القاصر أو ناقص الأهلية الأجنبى ولهذا تجمع قوانين كل البلاد على اسناد علاقات النيابة القانونية الى قانون الأصيل المقصود بالحماية وهو اما قانون جنسيته

واما قانون موطنه بحسب نظرة كل مشرع وطنى الى ضابط الاسناد الأرجح فى تقديره .

ويضاف الى ما تقدم أن النيابة عن ناقصى الأهلية متفرعـة عن الأهلية ذاتها وأهلية الأشخاص يحكمها طبقا لقواعد التنازع فى تشريعات كل البلاد القانون الشخصى ولهذا كان طبيعيا أن يحكم علاقات النيابة المبنية على نقص الأهلية القانون نفسـه الذى يحكم الأهلية توحيدا للقانون المنطبق على مجموعة متكاملة من الأوضـاع القانونية تتركز حول شخص ناقص الأهلية .

١٩٨ ـ واذا كان المبدأ الذى يكاد يكون مجمعا عليه هو اسناد علاقات النيابة الضرورية الى قانون الأصيل فان قوانين بعض البـلاد تستثنى من ذلك ولاية الأب فتسندها الى قانون الأب وبالتالى يحكم علاقات النيابة فى هذه الصورة قانون النائب (الأب) لا قانون الأصيل (الولد) ومن التشريعات التى تحوى هذا الاستثناء القانون الألمانى كما رأينا (بند ١٩٣ آنفا) وقد كان منها كذلك القـانون المصرى قبل صدور القانون المدنى الحالى اذ كانت المادة ٢٩ من لائحـة التنظيم القضائى المختلط تنص فى فقرتها الرابعة على سريان قانون الأب على الحقوق والواجبات ما بين الآباء والأبنـاء وكان هذا الاسناد لتنظيم مضمون الولاية يقتضى اسـناد علاقات النيـابة المتعلقة بالولاية الى قانون الأب (النائب) كذلك للاعتبارات التى سقناها فيما تقدم وقد حوى مشروع تنقيح القانون المدنى هذا الحكم عينه فى المادة ٣٥ منه غير أن هذه المادة حذفت فى المراحل التـالية للتقنين وصدر القانون المدنى المصرى خلوا من النص على اسناد الولاية الى قانون الأب اذ سوت المادة ١٦ من القانون المدنى المصرى بين الولاية والوصاية والقوامة

وغيرها من النظم الموضوعة لحماية ناقصى الأهلية والغائبين فأسندتها الى قانون الشخص الذى تجب حمايته .

على أن القانون العراقى — من بين قوانين البلاد العربية — قد نص على اسناد الولاية الى قانون الأب كما كان يفعل القانون المصرى القديم وكما يفعل القانون الألمانى والقانون الايطالى اذ نصت الفقرة الرابعة من المادة ١٩ من القانون المدنى العراقى على أن : « المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسرى عليها قانون الأب » وعلى ذلك فعلاقات النيابة المتولدة من الولاية تخضعها قاعدة التنازع العراقية لقانون النائب (الأب) وهو القانون الذى يحكم مضمون الولاية وعلاقة طرفيها أى العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل وفى ذلك مراعاة لمبدأ وحدة الولاية والأوضاع المتعلقة بها كما أن فى تطبيق قانون الأصيل على علاقات النيابة المتولدة عن الوصاية أو القوامة مراعاة لمبدأ وحدة النظام الموضوع لحماية ناقص الأهلية ففى الحالتين ينطبق على علاقات النيابة القانونية القانون نفسه المنطبق على العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل .

١٩٩ — القانون المصرى اذن — ومثله فى ذلك القانون السورى والقانون الليبى والقانون الجزائرى والقانون الأردنى — يسير على القاعدة التى تتبعها معظم قواعد التنازع الوطنية فيسند جميع نظم حماية ناقصى الأهلية الى قانون الأصيل وفى ذلك تقول المادة ١٦ من القانون المدنى المصرى — وتقابلها المادة ١٧ من القانون المدنى السورى والمادة ١٦ من القانون المدنى الليبى والمادة ١٥ من القانون المدنى الجزائرى والمادة ١٧ من القانون المدنى الأردنى — انه : « يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى يجب

حمايته » والمقصود بقانون الشخص هو قانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته •

فهذا النص يسند الي قانون جنسية ناقص الأهلية كافة المســائل المتعلقة بحمايته — من حيث تنظيمها الموضوعي لا من حيث اجراءاتها — فهذا القانون يحكم اسـناد الولاية الي الأب أو الأم ويحكم تعيين الوصى أو القيم وتحديد حقوق هؤلاء جميعا وواجباتهم وحالات سلب الولاية أو العزل من الوصاية أو القوامة وحالات الاذن للقاصر بالادارة وقواعد تقديم الحساب والأجر الي غير ذلك مما يتصل بالعلاقة الداخلية بين ناقص الأهلية وبين نائبه •

وكذلك فان هذه القاعدة تنسحب على علاقات النيابة المتولدة عن النظم الموضوعة لحمـــاية ناقصى الأهلية فقانون جنسية الأصيل يحكم كذلك مسألة رجوع آثار تصرف النائب — وليا كان أو وصيا أو قيما — الى الأصيل ناقص الأهلية مباشرة وهو الذى يحدد لنا متى وكيف ينشىء تصرف النائب رابطة مباشرة بين الأصيل وبين الغير المتعامل مع النائب ثم هو أيضا الذى يحدد لنا مدى نيابة النائب ونطاق سلطاته في التصرف باسم الأصيل •

وقد أشرنا فيما تقدم الى الاعتبــارات التى يستند اليها اخضاع علاقات النيابة القانونية الي قانون العلاقة الداخلية (وهو فى القانون المصرى وكذا فى القانون السورى والليبى والجزائرى والأردنى قانون جنسية الأصيل) ويضاف الى تلك الاعتبارات أنه من السهل على الغير فى حالات النيابة القانونية أن يتعرف على القواعد التى تحكمها وأن يتحقق من حدود مكنة النائب وذلك لأن مصدر تلك النيابة هو القانون وتنظيمها تتولاه قواعد آمرة لا يغمض أمرهـــا على الغــير بأقل تدبر

يتطلبه التعامل مع نائب عن شخص ناقص الأهلية وان يكن أجنبيا (١) وهذا بخلاف الحال في النيابة الاختيارية حيث تستمد وجودها من ارادة الأصيل وحيث تلك الارادة هي التي تحدد مدى النيابة وترسم حدود سلطة النائب على وجه قد لايخلو من اثارة الصعوبات بشأن التعرف على حقيقة تلك الحدود وبخاصة متى تباينت بشأنها أحكام القوانين الوطنية المختلفة •

كما أن الأصيل الذى تصدر عنه انابة اختيارية يباشر النائب بمقتضاها تصرفات ذات عنصر أجنبى عليه أن يتوقع كل ما يثيره هذا الوضع فى مجال تنازع القوانين وعليه أن يتعرف أحكام القوانين الأجنبية التى قد تتصدى لحكم علاقة النيابة فهو اذ يكلف نائبه التعامل فى خارج موطنه يتجاوز بالانابة حيزها الأصلى فى المكان ويقتحم المجال القانونى للغير الذى سيتعامل مع النائب وعليه أن يتوقع عواقب مثل هذا النشاط أو يحتاط لها باختيار قانون معين (قانون الارادة) فان لم يشأ أن يحدد القانون المنطبق على علاقة النيابة فهو اذن قد تصور احتمال انطباق قانون آخر عليها ولم ينكص أمام هذا الاحتمال ولعله قد تعرف على أحكام تلك القوانين التى يحتمل أن تتنازع أمر علاقة النيابة وارتضى انطباقها ، وهذه كلها أمور لا يمكن أن تنسبها الى أصيل ناقص الأهلية فمثل هذا الأصيل يكون الأصح فى حق من يتعامل مع نائبه أن نقول أنه هو الذى يقتحم المجال القانونى لناقص الأهلية وعليه اذن أن يتعرف على أحكام علاقة النيابة فى قانون الأصيل وهو كما قلنا أمر ليست فيه مشقة زائدة •

٢٠٠ ــ ذكرنا فيما تقدم (بند ١٩٧) أن تطبيق قانون الارادة مستبعد فى حالات النيابة القانونية لكون الأصيل غير ذى ارادة صالحة

---

(١) انظر ما تقدم بند ٧٢ ، ٩٥ •

لاختيار القانون الواجب التطبيق على علاقة النيابة ، ولكن هل للنائب وللغير الذى يتعامل معه أن يختارا ـ وهما المتعاقدان اللذان ينشآن العقد بارادتيهما ـ قانونا معينا يسرى على علاقة النيابة ؟

ان مثل هـذا السـؤال يعرض أيضا بشأن النيابة الاختيارية وسنرجىء الاجابة عليه فى خصوصها الى موضعها فيما يلى وسيكون لنا فى ذلك قول لا يتقيد بما هو شـائع فى الفقه من أن اختيار القانون المنطبق على علاقة النيابة يرجع الى ارادة الأصـيل وحده ، على أننا بشأن النيابة القانونية لا نتردد فى الاجـابة على هذا السـؤال بالنفى فليس من حق النائب عن ناقص الأهلية أن يحـدد فى العقد الذى يبرمه مع الغير قانونا آخر يحكم علاقة النيابة غير قانون الأصيل وعلة هذا الحل واضـحة لأن الأحكام التى تنظم النيابة عن ناقصى الاهلية أحكام آمرة ينفرد قانون الأصيل ـ كما رأينا ـ بالانطباق عليها فليس من المقبول أن تترك للنـائب حرية اختيار تطبيق قانون آخر قد يعطيه سلطات أوسع مما تعطيه أحكام قانون الشخص المقصود بالحماية أو قد يؤول تطبيق أحكامه الى الاضرار بالأصيل لأن معنى تمكين النائب عن ناقص الأهلية ن اختيار قانون آخر لحكم علاقة النيابة تمكينه بطريق غير مباشر من مخالفة أو مجـاوزة القواعد الآمرة التى تحكم النظـام الموضوع لحماية ناقصى الأهلية .

٢٠١ ـ ومن صـور النيابة الضرورية (القانونية) صورة لها حكم خاص فى تنازع القوانين وهذه الصورة هى الفضالة فالفضولى فى مباشرته شأنا عاجلا لرب العمل قد لا يقتصر على القيام بأعمال مادية بل قد يعقد تصرفات قانونية مع الغير لحساب رب العمل وهذه التصرفات ـ متى توافرت شروط الفضالة ـ ترجع آثارهـا الى رب العمل رأسا ويعتبر الفضولى فيها نائبا عنه فما هو القانون المنطبق على علاقة النيابة هذه اذا كانت عناصرها موزعة بين أكثر من دولة ؟ .

الحل هنا كما فى باقى حالات النيابة القانونية اسناد علاقة النيابة الى القانون نفسه الذى يحكم العلاقة الداخلية أى الفضالة من حيث هى ، ولكن هذا القانون فى حالتنا هذه ليس قانون الأصيل بل هو قانون المكان الذى تصرف فيه الفضولى باسم رب العمل ولحسابه واذن فينسحب على علاقة النيابة الناشئة عن الفضالة حكم قاعدة الاسناد التى تضمنتها المادة ٢١ فقرة أولى من القانون المدنى المصرى (وتقابلها فى القانون المدنى السورى المادة ١/٢٢ وفى القانون المدنى العراقى المادة ٢٩ وفى القانون المدنى الليبى المادة ١/٢٢ وفى القانون المدنى الجزائرى المادة ١/٢٠ وفى القانون المدنى الأردنى المادة ٢٢) ونصها « يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام » .

واذن فقانون البلد الذى تولى فيه الفضولى الشأن العاجل لرب العمل هو الذى ينظم التزاماتهما المتقابلة وهو نفسه أيضا الذى يحكم علاقة النيابة اذا كان نشاط الفضولى قد امتد الى ابرام تصرف قانونى مع الغير لحساب رب العمل .

وهذا الحل يكاد يكون محل اجماع فى كل البلاد فقد نصت عليه مثلا المادة ٢٥ فقرة ٢ من الأحكام التمهيدية للقانون المدنى الايطالى والمادة ١١ فقرة أولى من قانون قواعد التنازع البولونى الصادر سنة ١٩٢٦ والمادة ٢٢٠ من تقنين بوستامنتى المطبق فى كثير من بلاد أمريكا اللاتينية والمادة ٧٦ من مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى كما تضمنت النص عليه عدة مشروعات لتقنين قواعد القانون الدولى الخاص ثم هو مطبق فى قضاء الدول التى لم تتضمن تشريعاتها نصوصا خاصة بتنازع القوانين .

واسناد علاقة النيابة الناشئة عن عمل الفضولى الى قانون المكان الذى

تعاقد فيه هـذا الأخير مع الغير نتيجة طبيعية لإستبعاد معظم الحلول الأخرى فى هذه الصورة بالذات فقانون الارادة لا محل للقول بانطباقه لعدم وجود ارادة للأصيل (رب العمل) اذ التصرف يجرى في غيبته وبغير علم منه ولهذا السبب عينه تستبعد الحلول الأخرى التي تستند الي احترام توقعات الأصيل أو الي تفسير ارادته فلا يبقى لدينا الا ضوابط الاسناد الموضوعية التى تشير فى هذه الصورة الى قانون المكان الذي تصرف فيه الفضولي ففي هذا المكان تتحيز معظم عناصر العلاقة ففيه تم التعاقد وفيه يتم التنفيذ وفيه غالبا يوجد موطن الفضولي وموطن الغير الذي تعاقد معه فلا يبقى من عناصر العلاقة خارج المجال الطبيعي لقانون مكان التصرف الا موطن الأصيل وترجيح الصلة التى يرتبها بين علاقة النيابة وبين قانون مكان التصرف مجموع هذه العناصر على الصلة التى تستند على مجرد عنصر واحد هو موطن الأصيل أمر طبيعي يجعل اسناد علاقة النيابة المبينة على فضالة ـ كاسناد الفضالة نفسها ـ الى قانون البلد الذى تصرف فيه الفضولى اسنادا سليما يخضع العلاقة الى القانون الذى تنتمى اليه أكثر من انتمائها الى أى قانون آخر .

٢٠٢ ـ وفى تلخيص ما تقدم نقول ان علاقات النيابة الضرورية (القانونية) يسرى عليها القانون الذى يسرى على العـلاقة الداخلية بين النائب والأصيل وهذا القانون هو قانون جنسية الأصيل فى حالات النيابة المتعلقة بنظم حماية فاقدى الأهلية وناقصيها وهو قانون الدولة التى تصرف فيها الفضولى في حالة النيابة المترتبة علي فضالة .

على أننا في صياغة قاعدة اسناد خاصة بعلاقات النيابة الضرورية نود أن نتحاشى الاسـناد غير المباشر الى قانون العلاقة الداخلية لأن هذا الاسناد يحوجنا الي التساؤل في كل حالة عن ذلك القانون ما هو؟

. لذا يستحسن أن تصاغ قاعدة اسناد علاقات النيابة الضرورية على الوجه الآتي :

« يسرى على علاقات النيابة الضرورية (القانونية) قانون جنسية الأصيل اذا ترتبت العلاقة على نظام من النظم الموضوعة لحماية فاقدى الأهلية وناقصيها ويسرى عليها قانون الدولة التى تصرف فيها النائب اذا ترتبت العلاقة على الفضالة » .

وهذه القاعدة تسد نقصا موجودا فى القانون المدنى المصرى وفى غيره من القوانين العربية التى تحوى حلولا لتنازع القوانين ذلك أن تلك الحلول انما تنصب على العلاقة الداخلية لا على علاقة النيابة بالتحديد الذى قدمناه (انظر بند ١٨٨ آنفا) ثم أن تحرى الحلول المناسبة لتنازع القوانين فى غير المسائل التى نصت عليها قواعد الاسناد الوضعية هو أمر متروك لاجتهاد الفقه والقضاء وهو اجتهاد ترك المشرع نفسه بابه مفتوحا اذ نصت المادة ٢٤ من القانون المدنى المصرى (وتقابلها المادة ٢٥ من القانون المدنى السورى والمادة ٢٤ من القانون المدنى الليبى والمادة ٣٠ من القانون المدنى العراقى والمادة ٢٥ من القانون المدنى الأردنى) على أنه :

« تتبع فيما لم يرد بشأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادىء القانون الدولى الخاص » .

الفصل الثالث

قاعدة اسناد علاقات النيابة الاختيارية (الاتفاقية)

٢٠٣ ـ القاعدة بشأن العلاقات العقدية هي اخضاعها للقانون الذى يختاره الطرفان أى لقانون الارادة وقد أصبح هذا الحل مستقرا فى قواعد الاسناد الوضعية وفى أحكام القضاء وفى اجتهادات الفقه فى مختلف البلاد .

وليس يعنينا هنا أن ندخل فيما دار من جدل فقهى حول الصفة التى تنطبق بها أحكام قانون الارادة : هل تنطبق بوصفها قواعد وضعية أم بوصفها تنظيما اختياريا للعقد فى اطار مبدأ سلطان الارادة فى القانون المحلى ؟ وكذلك الاعتراض الآخر الذى يرى فى تطبيق قانون الارادة نوعا من المصادرة على المطلوب بمقولة أن الارادة الفردية لا تنتج آثارا قانونية الا فى اطار نظام قانون وطنى معين وأن مما يخالف المنطق أن تخضع الارادة العقدية من حيث صحتها ومن حيث آثارها لقانون معين تختاره تلك الارادة قبل أن يعرف حكم التعبير عن الارادة من حيث صحته ومن حيث آثاره وهو حكم لابد أن ينبنى على نظام

قانونى وضعى ســابق على الارادة (١) ويكفينا هنا أن قاعدة اسناد العلاقات العقدية الى قانون الارادة بالأولوية على أى اســناد آخر قد استقرت فى القــانون الدولى الخاص استقرارا يجعلها حقيقة من حقائقه لا جدوى من المجادلة فيها •

وبالنسبة لعلاقات النيابة تجمع الآراء على أن الارادة التى يعتد بها فى تحديد القــانون واجب التطبيق عليهــا هى ارادة الأصيل وحده فالقانون الذى يختاره الأصيل فى الانابة الصادرة عنه هو الذى يحكم علاقة النيابة فاذا لم يختر الأصيل مثل هــذا القانون استبعدنا تطبيق قانون الارادة وتعين علينا البحث عن حل آخر من حلول تنازع القوانين بشأن علاقة النيابة (٢) •

ولا شبهة فى أن الأصيل متى حدد فى الانابة الصادرة عنه القانون الذى يختار تطبيقه على علاقة النيابة فان ذلك القانون يكون هــو المنطبق عليها فالأصيل هو الذى ينشىء الانابة وارادته هى التى تحدد مداها وكافة الأوضاع المرتبطة بها بما فيها القانون واجب التطبيق على علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبى •

على أن الانابة اذا لم تتضمن مثل هذا الاختيار الصريح لقانون معين يكون أمامنا وضعان علينا أن نحدد حكمهما من حيث تنــازع القوانين وهذان الوضعان هما :

١ ــ خلو الانابة من اختيــار صريح لقانون معين بينمــا يكون

---

(١) أنظر فى هذه الاعتراضات وفى ردها : جراوليش • المرجع السابق بند ٧٩ ، ٨٠ • والدكتور هشام على صادق : تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ، الاســكندرية ١٩٧٤ ، البند ١٨٣ •

(٢) هذا الرأى لم يخرج عليه أحد ممن كتبوا فى الموضوع حتى فرانسوار نحو صاحب أحدث دراسة جامعة فى تنازع القوانين فى النيابة ، أنظر كتابه الذى سبقت الاشارة اليه ص ١١٣ وما بعدها •

الأصيل قد حدد لنائبه فيما بينهما القانون الذى يختاره لحكم علاقة النيابة ، وهذا الوضع حكمه حكم سائر تعليمات الأصـيل الى نائبه (انظر آنفا البنود ١١٥ ــ ١١٧) فما لم يثبت أن الغير الذى تعـامل معه النائب كان على علم بهذا الاختيار فان القانون الذى حدده الأصيل بهذه الصورة لا يسري على علاقة النيابة بوصفه قانون الارادة .

٢ ــ اختيار النائب والغـير الذى يتعاقد معه لقانون معين فى حالة خلو الانابة من اختيار القانون واجب التطبيق ، وعندنا أن مثل هذا الاختيار ينبغى أن يترتب عليه أثره من حيث تحديد القانون المنطبق على علاقة النيابة ، ذلك أن النائب والغيرهما المتعاقدان المنشئان للعقد بارادتيهما ولادخل لارادة الأصيل فى انشاء هذا العقد بصورة مباشرة (أنظر آنفا البنود ٥٥ و ٥٧ و ٦٦) ولما كانت قاعدة التنازع الأصيلة فى مجال العقود هى اسنادها الى القانون الذى يختاره المتعاقدان فان اختيار النائب والغير لقانون معين يؤدى الى القول بأن ذلك القانون الذى اختاراه هو قانون الارادة وأنه ينطبق بهذا الوصف على علاقة النيـابة .

ويبدو أن استبعاد مثل هذا الحل والاقتصار فى مجال علاقات النيابة على القانون الذى يختاره الأصيل وحده يرجع الى الرغبة فى مراعاة جانب هذا الأخير وحياطة مصلحته على أن هذا الاعتبار مردود من أكثر من وجه :

(أ) أن طبيعة علاقات النيابة ذات العنصر الأجنبى تجعل انطباق واحد من قوانين وطنية متعددة على هذه العلاقة أمرا لا يمكن أن يغيب عن ذوى الشأن فيها فلو شاء الأصيل أن يحول دون اختيار النائب والغير لقانون معين فلديه من أول الأمر الوسيلة المؤدية لذلك ألا وهى اختيار القانون المنطبق على العلاقة بارادته هو فى الانابة التى تصدر عنـه .

(ب) ان تحديد القانون المطبق على علاقة نيابة ذات عنصر أجنبي تعتبر من التوابع الضرورية للتصرف المناب فيه ويدخل بهذه الصفة فى نطاق سلطة النائب (م ٣/٧٠٢ مدنى مصرى) متى كان هذا النائب مكلفا بالتعاقد لحساب الأصيل فى الخارج الا أن ينص الأصيل على الحد من هذا النطاق الذى يرسمه القانون نفسه لمدى النيابة .

(جـ) أن اختيار النائب والغير لقانون معين ليس على أية حـال أمرا متروكا لمطلق هواهما فالمقرر بشأن تحديد قانون الارادة بوجه عام أن يقع اختيار المتعاقدين على أحد القوانين الوطنية التى تصـلها بالعلاقة صلة قائمة على اعتبارات موضوعية تربط بين العـلاقة وبين مجال ذلك القانون فليس للمتعاقدين اذن أن يختارا قانون بلد لا صلة له أصلا بأى عنصر من عناصر العلاقة العقدية (١) وعلى ذلك ينحصر الاختيار المتروك للنائب وللغير الذى يتعاقد معه فى عدد محدود من القوانين الوطنية المتصلة ببعض عناصر العلاقة وهى قوانين كان فى وسع الأصيل — بل كان ينبغى عليه — أن يتوقع انطباق أحدها على علاقة النيـابة وله ان شاء أن يتحاشى هـذا الانطباق أن يختار ابتداء القانون الذى يريد له أن يسرى على علاقة النيابة دون غـيره أو أن يحد من مدى النيابة بما يخرج عنه صراحة اختيـار القانون واجب التطبيق .

وجملة القول فى قانون الارادة الذى يسرى على علاقات النيابة

---

(١) أنظر فى هذا المعنى باتيفول : المظاهر الفلسفية بند ٣٧ — ٤٠ (ص ٨٣ — ٨٩) وباتيفول : القانون الدولى الخاص ، الطبعة الرابعة باريس ١٩٦٧ بند ٥٧ . وانظر عرضا وافيا لهذا الرأى الراجح الذى تأخذ به وللرأى المخالف الذى يذهب الى اطلاق حرية اختيار القانون المنطبق على العقد فى رابيل : « تنازع القوانين ، دراسة مقارنة » جـ ١ ص ٩٠ — ٩٤ وجـ ٢ ص ٣٥٩ — ٤٢٧ .

Rabel, The Conflict of Laws, A Comparative Study, Vol. I, Ann Arbor, 1958, pp. 90-94; Vol. II, Ann Arbor, 1960, pp. 359-427.

وانظر كذلك هشام على صادق ، المرجع السابق ، البند ١٨٥ .

أنه هو القانون الذى يختاره الأصيل فى الانابة الصادرة عنه فان خلت الانابة من اختيــار صريح وكان الغير لا يعلم باختيــار اخر للأصــيل سرى على علاقة النيابة القانون الذى يختاره النائب والغير فى العقد المبرم بينهما •

٢٠٤ ــ اذا تخلف قانون الارادة بمعنى أنه ان لم يكن الأصيل او المتعــاقدان قد اختارا القانون المنطبق على علاقة النيــابة ــ على التفصيل المتقدم ــ تعين البحث عن حل لتنازع القوانين من بين الحلول المختلفة التى استعرضناها فى المبحث الثانى من الفصل الأول من هذا البــــاب •

ومن هذه الحلول ما نرى أن اطراحه لا يحتاج الى طويل تدبر لظهور ضعف الاسانيد التى يقوم عليها أو فسادها ومنها على أية حال ما هو قليل الاتباع فى القانون الدولى الخاص فقها وتطبيقا ، ومن هذه الحلول التى نستبعدها : ــ

١ ــ اسناد علاقة النيابة الى القانون الشخصى للأصيل : وهو اما قانون جنسيته واما قانون موطنه بحسب ضابط الاسناد المأخوذ فى الاعتبار ، وهذا الحل لا يلتفت فى علاقة النيــــابة ذات الصبغة الدولية الا الى عنصر واحد من عناصرها المتعــددة ويرجح كفة ذلك العنصر الواحد على كفة باقى العنــاصر وان اجتمع عدد منها فى دولة غير دولة الأصيل وانتمت بذلك العلاقة الى تلك الدولة أكثر من انتمائها الى دولة الأصيل ، فكأن هذا الحل لا يفرق بين علاقة النيابة الوطنية البحتة وعلاقة النيابة ذات الصبغة الدولية بينما قواعد الاسناد يجب أن تقوم على أساس مراعاة الطبيعة الخاصة للعلاقات القانونية الدولية وأن تخضع تلك العلاقات للقانون الأجدر بالانطباق عليها وهو القانون الذى تتركز فى مجال تطبيقه المكانى معظم عناصر العــلاقة أو أكبر مجموعة منها •

هذا وان هذا الحل - وبخاصة اذا أدى الى تطبيق قانون جنسية الأصيل - لا يفرق بين العلاقات العقدية وبين العلاقات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية وقد لمس هذه النقطة أحدث أنصار هذا الحل عهدا وهو الأستاذ بالادورى - بالبيرى الذى ظهر كتابه سنة ١٩٥٠ ولكنه بدلا من اعتبارها من المآخذ التى ترد على هذا الحل اراد اعتبارها تبريرا له اذ ذهب الى أن مكنة التصرف بطريق النيابة تعتبر بالنسبة الى الأصيل من قبيل التوسيع من أهليته القانونية ولما كانت الأهلية خاضعة لقانون جنسية الشخص فكذلك هذه الأهلية الموسعة ينبغى اخضاعها لهذا القانون نفسه (١) وظاهر ما فى الحاق امكان انابة الشخص غيره فى التصرف باسمه بالأهلية واعتباره داخلا فى نطاقها من اغفال للطبيعة القانونية الصحيحة للنيابة كنظام مرتبط بالتصرفات القانونية لا بالأهلية فأهلية الأصيل لا تعتبر أضيق أو أوسع لكونه قادرا على انابة الغير اذ الانابة لا تمتد الى أكثر من التصرفات الداخلية فى نطاق أهلية الأصيل ابتداء (انظر آنفا بند ٢٣) كما أنه يكفى أن نشير الى حالات النيابة القانونية حيث الأصيل فاقد الأهلية أو ناقصها لنقتنع بأن الالتجاء الى النيابة فى ابرام التصرفات القانونية ليس بحال من قبيل التوسيع من نطاق أهلية الأصيل .

أما تبرير هذا الحل بأنه يقوم على ارادة ضمنية للأصيل فلا يستحق الوقوف عنده لكونه افتراضا محضا ، وكذلك تبريره بأنه يكفل رعاية مصلحة الأصيل فهو مردود عليه من وجهين : الأول أن علة ترجيح مصلحة الأصيل على غيرها من المصالح التى تجمع بينها علاقة النيابة غير واضحة ، والثانى أن مصلحة الأصيل المقصودة فى هذا التبرير هى مصلحة مجردة تتصور فيها أن تطبيق قانونه يكون دائما

---

(١) بالادورى - بالبيرى : القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٠ ص ١٥٤ - ١٥٦ مشار اليه فى ريجو : المرجع السابق ص ١٢٠ .

أفضل له بينما قد يحدث فى العمل أن يكون التمسك بالأحكام الموضوعية لقانون آخر أفضل للأصيل من اعمال أحكام قانونه الوطنى، وبعبارة أخرى أن قواعد الاسناد وهى قواعد لا تحكم موضوع العلاقة بشكل مباشر لا يمكن القطع فى شأنها بأنها فى مصلحة هذا الطرف أو ذاك وانما تكون المفاضلة فى هذا الصدد بين الأحكام الموضوعية وبالنظر الى تطبيقها على كل حالة واقعية على حدتها .

ونخرج من ذلك بأن القانون الشخصى للأصيل لا يصلح لأن يكون هو القانون الأولى بحكم علاقة النيابة دون غيره من القوانين التى تتنازعها ، اللهم الا اذا انتفت فى الواقعة المطروح أمرها الاعتبارات الأخرى التى ترجح كفة قانون آخر على أسس موضوعية أهمها تجمع أكثر من عنصر من عناصر العلاقة فى مجال تطبيق قانون وطنى معين .

٢ ــ اسناد علاقة النيابة الى قانون موطن النائب : هذا الحل كما قدمنا آنفا (بند ١٩٥ رقم ٣) قليل عدد الأنصار وقد نادى به أصحابه على أساس أنه حل توفيقى وسط بين الاسناد الى قانون الأصيل وبين الاسناد الى قانون مكان التعاقد المفروض أنه أيضا مكان موطن الغير وبهذه المثابة يعيب الاسناد الى قانون موطن النائب ما يعيب معظم الحلول التوفيقية التى لا تستند الى مبررات ذاتية بل تتصدى لمجرد الموازنة بين نقيضين .

وموطن النائب لا يمكن فى الواقع اعتباره ضابط اسناد يعتد به وحده فى صدد علاقات النيابة فالنائب وان كان له الدور الأول فى ابرام العقد الا أنه غير ذى شأن بآثاره فتطبيق قانون موطن هذا النائب على علاقة تربط طرفين يقيمان فى بلدين ليس فى أيهما موطن النائب أمر لا يوجد ما يبرره فى الحقائق الموضوعية لعلاقة النيابة ،

خصوصا وأن موطن النائب أمر كثيرا ما تحدده الصدفة ولا يكون ملحوظا لا من الأصيل حينما تصدر عنه الانابة ولا من الغير حينما يتعامل مع النائب . ثم ماذا لو كانت التعاقد قد تم بطريق النيابة عن كل من الطرفين واختلف النائبان موطنا ؟ وماذا أيضا لو تغير موطن النائب من وقت الى وقت أثناء قيامه بنشاطه لحساب الأصيل خلال فترة طويلة من الزمن ؟

٣ ــ اسناد علاقة النيابة الى قانون العلاقة الداخلية : هذا الحل ــ على كثرة القائلين به من الفقهاء ــ يقوم أساسا على عدم التفرقة بين وجهي النيابة : الوجه الداخلي الذي يربط الأصيل بالنائب والوجه الخارجي الذي يربط الأصيل بالغير نتيجة لتصرف النائب ولذا فهم يعتبرون هذا الوجه الخارجي الذي يربط الأصيل بالغير نتيجة لتصرف النائب مجرد أثر من آثار الوجه الداخلي ، وهو عندهم في الأغلب الأعم عقد وكالة ، فيخضعون علاقة النيابة للقانون نفسه الذي يسري على عقد الوكالة .

وأول نقد يوجه الى هذا الاسناد هو أنه اسناد غير مباشر اذ يبقى أن نعرف ما هو القانون المنطبق على العلاقة الداخلية ومعرفته تقتضي أعمال قاعدة اسناد أخرى هي الخاصة بالعقود على فرض أن العلاقة الداخلية عقد .

ثم ان كيان النظرية الحديثة في النيابة يقوم ــ كما رأينا ــ على التفرقة الجوهرية بين الانابة وبين ما قد يرتبط بها من عقد وكالة أو غير ذلك من صور العلاقة الداخلية بين الأصيل والنائب ، فاسناد علاقة النيابة الى قانون العلاقة الداخلية يتجاهل النظرية الحديثة للنيابة ويغفل طبيعتها الصحيحة وما تستتبعه تلك الطبيعة وهكذا نرى

أن هذا الحل يطمس معالم النيابة كنظام قانونى متميز له كيانه الخاص وهو دليل على أن اسناد العلاقة القانونية ــ وكذلك تكييفها ــ يقتضى الاحاطة التامة بطبيعة تلك العلاقة في القانون الموضوعى وأن الاسناد الذى يقوم على ادراك ناقص لطبيعة العلاقة المطلوب اسنادها يؤول الى حلول غير سليمة لتنازع القوانين •

وفضلا عن هذا العيب الجوهرى فان ما يساق تبريرا لهذا الحل من نسبته الى ارادة الأصيل الضمنية أو القول بكفالته حماية مصلحة الأصيل قد سبق لنا تفنيده بمناسبة مناقشة اسناد علاقة النيابة للقانون الشخصي للأصيل فلا محل للعودة الى بيانه (أنظر ما تقدم تحت رقم ١ فى هذا البند) •

٤ ــ اسناد علاقة النيابة الى قانون العقد الذى يبرمه النائب :
هذا هو ثانى الحلول التى تقوم على تجاهل الطبيعة الصحيحة لنظام النيابة فكما أن الحل السابق يلحقها بالعلاقة الداخلية كأثر من آثارها (والمقصود بالعلاقة الداخلية عقد الوكالة الذى انحصر فيه اهتمام الشراح الباحثين عن حل لتنازع القوانين) فكذلك هذا الحل الثانى يلحق النيابة بالعقد الذى يتم بطريقها وكأنها مجرد شرط أو وصف فى العقد المذكور ومن هنا يتوجه الى هذا الحل النقد الأساسى الذى وجهناه الى الحل السابق •

ومن أنصار هذا الحل الأستاذ باتيفول الذى يذهب الى اخضاع عقد الوكالة فى مجموعه لا علاقة النيابة وحدها لقانون العقد الذى يبرمه الوكيل وذلك بحجة اخضاع أوضاع مترابطة لقانون واحد ، والواقع أنه لا يوجد اعتبار موضوعى واحد يبرر سريان قانون العقد الذى يبرمه الوكيل مع الغير خارج موطن الأصيل ــ والذى يحتمل أن يكون قانونا أجنبيا ــ على ما بين الوكيل والموكل من التزامات

متبادلة منشؤها عقد الوكالة ولا شأن للغير بها على الاطـلاق ، فلو فرضنا أن وكيلا عربيا عن موكل عربى تعاقد فى الولايات المتحدة مع شخص مقيم بها وانطبق على مضمون هـذا العقد القانون الأمريكى بوصفه قانون مكان الانعقاد أو قانون مكان التنفيذ أو بأى وصـف آخر فكيف نفهم أن ينطبق القانون الأمريكى على ما بين الموكل العربى ووكيله العربى من التزام بتقديم الحساب أو التزام برد المصروفات أو غـير ذلك من آثار عقـد الوكالة التى تخص الوكيـل والموكل دون غيرهما (١) ؟ ثم ان هذا الرأى يفترض أن كل عقد وكالة لا يستهدف الا ابرام عقد واحد بعينه لا أكثر وأن قانون هذا العقد الوحيد الذى يبرمه الوكيل يسرى كذلك على عقد الوكالة ، والمشاهد فى الحيـاة العملية أن الوكيل يعقد لحساب الموكل وبموجب الوكالة نفسها عددا من العقود قد لا يتحد مكان انعقادها وقد تتعدد القوانين التى تنطبق عليها فأى هذه القوانين المتعددة يسرى على عقد الوكالة وأين فى هذه الصورة التبرير المستند الى وحدة القانون الذى يسرى على أوضـاع مترابطة (٢) ؟ لا شك أن بعد هذا الحل عن الصواب ــ فضلا عن فساد أساسه النظرى ــ أمر ظاهر .

---

(١) قارن الفقرة الثانية من المادة الأولى من المشروع المعدل للقانون الموحد بشان النيابة الذى أعده المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص وصدر عن المعهد سنة ١٩٧١ ونصها : « ومع ذلك فان أحكام هذا القانون التى تخص علاقة الأصيل بالنائب لا تنطبق متى كان موطنا أعمالهما واقعين فى دولة واحدة » . ومؤدى هـذا النص أن واضعى المشروع ، وقد اختاروا أن يضمنوه تنظيما للعلاقة الداخلية بين الأصيل والنائب ، أرادوا مع ذلك أن تظل تلك العلاقة بين أصيل ونائب متوطنين فى اقليم دولة واحدة محكومة بالقانون الوطنى لا بأحكام القانون الموحد التى لا تسرى فى مثل تلك الحالة الا على الوجه الخارجى من علاقة النيابة .

(٢) تنبه الأستاذ باتيفول الى هذا الاعتراض فأشار فى الطبعة الرابعة من كتاب « القانون الدولى الخاص » باريس ١٩٦٧ ، بند ٦٠٣ حاشية ٤٣ الى أن اخضاع عقد الوكالة للقانون الذى يحكم العقد الذى يبرمه الوكيل لا محل له متى كان المفروض أن يبرم الوكيل عقودا عديدة فى دول مختلفة .

٢٠٥ ــ بعد استبعاد الحلول المتقدمة يتبقى لدينا اسناد علاقة النيابة الى قانون المكان الذى تعاقد فيه النائب وحجة أصحاب هــذا الحل أن تصرف النائب هو حجر الزاوية فى علاقة النيابة لكونه الصلة التى تربط طرفى العلاقة العقدية : الأصيل والغير ، فالمكان الذى يتم فيه هذا التصرف يعتبر ضابط اسناد موضوعى يكفى لتبرير اخضاع علاقة النيابة للقانون المنطبق فيه ، ثم ان هــذا الحل يتفق واستقرار المعاملات ويكفل أن تشيع الثقة بين المتعاملين عبر حدود الدول المختلفة اذ أن من حق الغير الذى يتعامل مع النائب فى دولة معينة ــ المفروض انها موطن الغير ــ أن يطمئن الى أن الآثار التى ستترتب على عقده هى تلك التى يحددها قانونه الوطنى والى أن للنائب من السلطات مثــل مالنائب يتعاقد فى الظروف عينها فى اطار هذا القانون الوطنى .

على أنه يجب التنبيه الى أن المكان الذى يتعاقد فيه النائب ليس هو بالضرورة مكان انعقـــاد العقد وبخاصة فى العقــود بين غائبين فالمقصود بمكان التعاقد هــو المكان الذى يباشر فيه النائب نشــاطه لحساب الأصيل سواء كان هذا النشــاط ممتدا فى الزمان على فترة طويلة مما يقتضى أن يتخذ النائب مقرا لأعماله فى مكان معين أو كان نشاطا عرضيا يقتصر على ابرام عقد واحد بالذات فالمقصــود بمكان التعاقد فى الحالتين هــو المكان الذى يصدر فيه عن النائب التعبير عن ارادته وهو تحديد موضوعى من السهل على المتعاملين مع النائب وعلى الأصيل أيضا أن يتعرفوا عليه وأن يحيطوا علما بالقانون المنطبق فيه .

وهذا الحل يتجنب الاعتراضات التى ترد على الحلول الأخرى ويقترب أكثر منها مما تقتضيه الطبيعة المتميزة لعلاقات النيابة فى مجال الاسناد ، على أننا نرى أن الاعتداد بالمكان الذى تصرف فيه النائب لا يكفى وحده للقول بتركز علاقة النيابة فى بعض الصور فى هــذا

المكان وذلك كما لو تصرف النائب في بلد ليس هو البلد الذي به مقر أعماله وليس هو البلد الذي به موطن أي من الطرفين ، فلابد اذن من أن ينضم الى مكان تصرف النائب ضابط آخر ليكون من شأن اجتماعهما القول بأن مركز الثقل في علاقة النيابة كائن في مكان معين وامكان اسناد العلاقة الى قانون هذا المكان بوصفه القانون الذي تربطه بالعلاقة روابط أمتن مما يربط بينها وبين أي قانون آخر .

ولتوضيح ذلك نأخذ مثالا غير نادر الوقوع في العمل هو مثال النائب الذي يحترف النيابة عن الغير ويكون له مقر في احدى المدن المتخصصة في خدمات التجارة الدولية كبيروت أو جنيف فلو تعاقد مثل هذا النائب باسم أصيل متوطن في القاهرة مع رجل أعمال انجليزي أثناء مرور هذا الأخير بالمدينة التي بها مقر النائب فهل يكفي المكان الذي تصرف فيه النائب (بيروت أو جنيف في مثالنا) كضابط اسناد لعلاقة النيابة الى القانون اللبناني أو القانون السويسري بينما أن تلك العلاقة تربط طرفين لا صلة لأيهما بالقانون اللبناني أو بالقانون السويسري الا الصلة العرضية المتمثلة في وجود مقر نائبه في احدى هاتين الدولتين ؟ لاشك أن الاسناد الى قانون المكان الذي تصرف فيه النائب يبدو في مثل هذه الصورة اسنادا مفتقرا الى أساس سليم يبرر ادخال العلاقة في مجال ذلك القانون وهذا هو ما نعنيه بضرورة انضمام ضابط اسناد آخر الى ضابط المكان الذي تصرف فيه النائب لامكان الاسناد الى قانون ذلك المكان اسنادا سليما وهذا الضابط الآخر هو في رأينا وجود موطن أحد الطرفين (الغير أو الأصيل) في المكان نفسه الذي تصرف فيه النائب فتوافق مكان التعاقد مع موطن أحد الطرفين كاف لترجيح كفة قانون ذلك المكان اذ يجتمع فيه من

بالقول بأن علاقة النيابة تنتمى الى مجال القانون الوطنى المنطبق فى ذلك المكان •

أما اذا تخلف هذا التوافق بين مكان تصرف النائب وبين موطن أحد الطرفين فلا يبقى لدينا ــ والحال أن المكان الــذى تصرف فيه النائب لا يكفى وحده ضابطا للاسناد ــ الا الخيــار بين قانون موطن الأصيل وبين قانون موطن الغير الذى تعاقد مع النائب وهما الطرفان اللذان ربط بينهما التصرف الذى تولاه النائب باسم الأصيل ، وبين هذين القانونين نرى أن قانون موطن الأصــيل هو الأولى بالتطبيق لا على أساس الخلط بين علاقة النيابة وبين العلاقة الداخلية ولا لمجرد حياطة مصلحة الأصيل بالأفضلية على مصلحة الغير وانما لاعتبــار متعلق بطبيعة علاقة النيابة فشخص الأصيل هو نقطة البداية فى هذه العلاقة والانابة الصادرة عنه هى التى مكنت لتصرف النائب من احداث آثار قانونية تمس الأصيل والغير الذى تعاقد معه النائب معــا ومتى افتقرت الواقعة المطروحة الى ضوابط اسناد أخرى كان موطن الأصيل الذى صدرت عنه الانابة هو ضابط الاسناد الذى يبدو فى النهاية أنه الأولى بتحديد القانون واجب التطبيق على علاقة النيابة (١) •

٢٠٦ ــ أما علاقات النيابة الظاهرة والنيابة المستمدة من وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل فان حيزها المكانى ــ وبالتالى القانون المنطبق عليها ــ سهل التحديد اذ هو يتحدد بالمكان الذى تجلت في المظاهر الموحية للغير بوجــود الانابة أو المكان الذى يشــغل في النائب الوضع الذى تترتب عليه النيابة فقانون هذا المكان هو الذ

---

(١) قارن فى اســناد عقد البيع المادة ٤٥ من المشروع التمهيدى للقانون المد المصرى (والتى لم يتضمنها التقنين بالشكل الذى صدر به) وهى تسند عقد البي أساسا الى قانون موطن البائع على اعتبار أن شخص البائع هو نقطة البداية فى علا البيع وحوله تتركز تلك العلاقة • وهذه المادة منقولة عن المشروع الذى أعدته جما القانون الدولى في مؤتمرها الثالث والأربعين المنعقد فى فيينا سنة ١٩٢٦ •

يحكم انصراف آثار تصرف النائب الى الأصيل رأسا وهو الذي يحدد مدى نيابة النائب (١) • ويوجد بالنسبة للنيابة المستمدة من وضع يشغله النائب استثناء واحدا تجمع عليه قوانين كل الدول هو نيابة ربان السفينة عن المجهز والشاحنين فقانون الدولة التى ترفع السفينة علمها هو الذى يسرى على نيابة الربان فيحدد آثارها ويرسم مداها (٢) •

٢٠٧ ــ وأخيرا فان قاعدة اسناد علاقات النيابة الاختيارية يمكن أن يصوغها كما يأتى :

« يسرى على علاقات النيابة الاختيارية (الاتفاقية) القانون الذى يختاره الأصيل فى الانابة الصادرة عنه أو القانون الذى يحدده الأصيل لنائبه ويعلم به الغير المتعاقد مع النائب ، والا فالقانون الذى يحدده النائب والغير فى العقد الذى يبرمانه ، والا فقانون المكان الذى تصرف فيه النائب اذا توافق هذا المكان مع موطن أحد الطرفين (الغير المتعاقد مع النائب أو الأصيل) والا فقانون موطن الأصيل •

---

(١) يطبق القضاء الفرنسى حكم المادة ٢٢٠ مدني فرنسى على الزوج الأجنبى بالنسبة لما تبرمه زوجته فى فرنسا من عقود متعلقة بشئون منزل الزوجية • أنظر باتيفول : القانون الدولى الخاص ، الطبعة الرابعة ، باريس ١٩٦٧ ، بند ٤٣٧ والأحكام المشار اليها ثمة • وهذا القضاء يتفق وما جاء بالمتن من اخضاع علاقات النيابة المترتبة على وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل الى قانون المكان الذى يشغل فيه النائب ذلك الوضع ، على أن بعض الأحكام الفرنسية قد جارت التكييف الشكلى البحت لهذه العلاقة بأنها أثر من آثار الزواج بالنظر الى موضع المادة ٢٢٠ من المجموعة المدنية ، فاحتاجت لذلك الى استبعاد تطبيق القانون الأجنبى حمية للغير حسن النية ، ولا صعوبة أصلا فى مثل هذا الوضع متى كيفنا العلاقة على أنها علاقة نيابة وأجرينا عليها حكم قاعدة الاسناد الخاصة بعلاقات النيابة المترتبة على وضع يشغله النائب فأخضعنا العلاقة بذلك مباشرة الى قانون المكان الذى شغل فيه النائب ذلك الوضع • أنظر حكم محكمة السين الابتدائية الصادر فى ١٢ يونيو ١٩٦٣ فى قضية شركة جان ديسيه ضد الملك السابق فاروق والسيدة ناريمان صادق والمشار اليه آنفا بند ٨٩ مكرر •

(٢) أنظر رابيل جـ ص ١٥٠ ــ ١٥٤ •

ويسرى على علاقات النيابة الظاهرة أو النيابة المستمدة من وضع يشغله النائب قانون المكان الذى تجلت فيه المظاهر الموحية بوجود النيابة أو الذى يشغل فيه النائب الوضع الذى تترتب عليه النيابة ، ومع ذلك فان نيابة الربان عن المجهز والشاحنين يسرى عليها قانون الدولة التى ترفع السفينة علمها » .

٢٠٨ ــ وبالنسبة للنيابة الاختيارية اتفقت الدول أعضاء مؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص ، ومن بينها مصر ، على توحيد قواعد تنازع القوانين بشأنها اذ أقر المؤتمر فى دورته الثالثة عشرة سنة ١٩٧٧ « اتفاقية بشأن القانون واجب التطبيق على النيابة » وهى السابعة والعشرون من اتفاقيات لاهاى (١) .

وبالرغم مما فى صيغة عنوان الاتفاقية من صفة العموم فان نطاقها لا يشمل الا النيابة الاختيارية وذلك بصريح نص المادة الثانية التى تخرج من نطاق الاتفاقية الأوضاع الآتية :

ــ النيابة القانونية فى نطاق قانون الأسرة والنظم المالية للزواج أو فيما يتصل بالمواريث .

ــ النيابة الناشئة عن حكم قضائى أو قرار شبه قضائى أو التى تخضع للاشراف المباشر لسلطة قضائية أو شبه قضائية .

ــ النيابة عن الخصوم أمام القضاء أو الهيئات شبه القضائية .

ــ نيابة الربان عن مالك السفينة والشاحنين التى تترتب له على تلك الصفة .

---

(١) أنظر نص الاتفاقية باللغتين الانجليزية والفرنسية فى Conférence de La Haye de droit international privé, Recueil dse conventions (1951-1977), pp. 252- 263.

وحتى مثول هذا الكتاب للطبع لم يكن قد تم التصديق على هذه الاتفاقية من جانب أية دولة من الدول الأعضاء فى مؤتمر لاهاى .

فكأن المادة الثانية لم تنص فقط على اخراج حالات النيـــابة القـانونية بالمعنى الضيق بل أخرجت من نطاق الاتفاقية أيضـا بعض حالات النيابة المترتبة على وضع يشغله النائب بالنسبة للأصيل (انظر آنفا البندين ٩٢ ، ٩٣) مثل نيابة الزوجة عن زوجها فى شئون منزل الزوجية ونيابة ربان السفينة عن مالكها ومالكى البضاعة المشـحونة عليهـا •

كذلك فان المادة الثالثة تستثنى من أحكام الاتفاقية حالة عضو الاتفاقية ، وهذا يتفق والرأى الراجح فى الفقه من عدم اعتبار العضو نائبا (راجع آنفا البند ٩٧) كما تستثنى المادة الثالثة من نطـاق الاتفاقية حالة الأمناء على المؤسسات التى يعرفها القانونان الانجليزى والأمريكى باسـم trust اذ لا تعتبرهم نوابـا لا عن المؤسسة ولا عن منشئها ولا عن المستحقين •

٢٠٩ ــ ومع كون الاتفاقية مقتصرة التطبيق على حالات النيابة الاختيارية دون سواها فان المادة الأولى تسوى بين حالة تعامل النائب باسم الأصيل وحالة تعامله باسمه هو شخصيا فتخضع الحـالة الثانية أيضا لأحـكام الاتفاقية • وقد أشارت الأعمال التحضـيرية الى أن القانون الأنجلو ــ أمريكى يعرف نظام الأصيل المستتر ويعتبر تطبيقاته من صميم حالات النيـابة (وكذلك تفعل الشريعة الاسلامية ، راجع آنفا البند ١٥٤) ولذلك كان لابد أن تتسع أحكام الاتفـاقية لهذه الحالات ان كان يراد لها أن تكتسب صفة الشمول وأن تتبناها الدول التى تنتمى نظمها القانونية الى القانون الانجليزى ، وتضيف الأعمال التحضيرية أن ادخال حالات تعامل النائب باسمه هو فى نطاق الاتفاقية من شأنه أن تخضع لأحكامها حالات الوكالة بالعمولة فى قوانين الدول

ذات النظم القانونية اللاتينية (١) • وواضح أن الوكيل بالعمولة فى تلك القوانين وكيل غير نائب اللهم الا فى الحالة التى يستوى فيها لدى الغير أن يتعاقد مع الموكل أو مع الوكيل بالعمولة (قارن المادة ١٠٦ مدنى مصرى وراجع آنفا البند ١٤١ وما بعده) ومع ذلك فان ادخال الوكالة بالعمولة فى نطاق الاتفاقية له ما يبرره من حيث أن الاتفاقية لا تقتصر على توحيد قواعد الاسناد بشأن النيابة بالمفهوم الذى حددناه آنفا فى البند ١٨٨ بل تتعرض كذلك فى الفصل الثانى منهـا (المواد ٥ الى ١٠) الى علاقة النائب بالأصيل فتوحد قواعد الاسناد بشأنهـا كذلك ، وواضح أنه بالنسبة لتلك العلاقة الداخلية تسـتوى الوكالة المقترنة بنيابة والوكالة التى لا نيابة فيها •

٢١٠ — ولا نتعرض هنا لاحكام اتفاقية لاهاى الجديدة بشأن تنازع القوانين حول العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل التزاما منا بمفهوم علاقة النيابة الذى حددناه فى مطلع هـــذا الباب وقلنا على أساسه ان بحثنا يقتصر على تنازع القوانين حول اضافة آثار تصرف النائب الى الأصيل وما يتصل بذلك من تحديد مدى نيابة النائب وهما أمران يخصان الوجه الخارجى لعلاقة النيابة دون الوجه الداخلى منها الذى يحكم علاقة النائب بالأصيل • والظاهر من الأعمال التحضيرية وكذلك من الغرض الذى كانت تستهدفه الدول من هـــذه الاتفاقية الجديدة أن المقصود بتطبيق أحكامها بالدرجة الأولى حالات النيابة فى التجارة الدولية وحالات التعامل عبر حدود الدول بصفة مستمرة غير عرضية ، ولمحترفى الوكالة والوساطة فى هذين المجالين دور هام فى التبادل الدولى ولهم مصالح تحميها تشريعات بعض الدول على وجه غير موحد ، لذلك رأى واضعو الاتفاقية توحيد قواعد التنازع فيمـا

---

(١) Conférence de La Haye de droit international privé, Intermédiaires, Doc. prél., No. 5, Mai 1975, p. 9.

يتصل بالعلاقة الداخلية بين النائب والأصيل او بين الوكيل والموكل وأن لم تكن ثمة نيابة • أما نحن فالتزاما منا بخطة البحث التى رسمناها نتجاوز هنا عن أحكام الفصل الثانى من الاتفاقية الذى يتناول قواعد الاسناد فيما يتعلق بعلاقة النائب بالأصيل ونتنقل الى الفصل الثالث الذى يوحد قواعد اسناد علاقة النيابة بالمفهوم الذى حددناه •

٢١١ ـ تسند اتفاقية لاهاى الجديدة الوجه الخارجى من علاقة النيابة الى قانون الارادة أولا ، ثم الى قانون الدولة التى تصرف فيها النائب اذا تخلف قانون الارادة وأخيرا الى قانون الدولة التى بهـا مقر أعمال النائب المهنية اذا لم ينطبق قانون الدولة التى تصرف فيها النائب ، وذلك كله على التفصيل الآتى : ـ

قانون الارادة : تنص المـادة ١٤ على أنه اذا حـدد الأصيل أو الغير المتعاقد مع النائب القانون واجب التطبيق على علاقة النيابة وكان ذلك التحديد بالكتابة وقبله الطرف الآخر صراحة فان ذلك القـانون هو الذى ينطبق على علاقة النيابة •

ويلاحظ تشدد الاتفاقية فى تطلب تحديد القانون واجب التطبيق بالكتابة وفى تطلب كون قبول الطرف الآخر (الغير اذا كان الأصيل هو الذى اختار قانون الارادة كتابة والأصيل اذا كان الغير هو الذى اختاره كتابة) قبولا صريحا لا ضمنيا وهذا التشدد بالنسبة لتحديد قانون الارادة الذى يحكم العلاقة الخارجية للنيابة يقابله التساهل فى تحديد قانون الارادة الذى يحكم العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل اذ تنص المادة الخامسة على أن القانون الذى يختاره الأصيل والنائب هو الذى يحكم علاقاتهما وأن ذلك الاختيار قد يكون صريحـا وقد يستخلص استخلاصا معقولا من أحكام اتفاقهما أو من ظروف الحال •

كما يلاحظ أن الاتفاقية لا تجعل للنائب شأنا فى تحديد قانون

الارادة وهي في ذلك تتمشى وما هو مقرر فقها وقضاء • ومع ذلك فان هنالك حججا قوية يمكن أن تساق تبريرا للاعتداد بقانون الارادة الذي يختاره النائب ويعلم به الغير المتعاقد معه (راجع آنفا البند ٢٠٣) .

قانون المكان الذي يتصرف فيه النائب : اذا تخلف قانون الارادة فان المادة ١١ من الاتفاقية تنص على تطبيق قانون الدولة التي تصرف فيها النائب شريطة أن ينضم ضابط اسناد آخر الى ضابط المكان الذي يتصرف فيه النائب وضابط الاسناد الآخر المذكور هو أحد العوامل الآتية : —

١ — أن تكون الدولة التي تصرف فيها النائب هي الدولة التي بها مقر أعمال الأصيل أو محل اقامته المعتاد ان لم يكن له مقر أعمال ، وذلك متى كان تعاقد النائب باسم الأصيل •

٢ — أن تكون الدولة التي تصرف فيها النائب هي الدولة التي بها مقر أعمال الغير المتعاقد مع النائب أو محل اقامته المعتاد ان لم يكن له مقر أعمال •

٣ — أن يكون النائب قد تعامل في بورصة أو بالمزاد العلني •

وواضح أن الاتفاقية قد اعتبرت أن انضمام أحد الضوابط الثلاثة السابقة الى ضابط المكان الذي تصرف فيه النائب من شأنه أن يوجد صلة قوية بين ذلك المكان وبين علاقة النيابة بحيث يمكن القول بأن مركز الثقل في تلك العلاقة يقع في ذلك المكان مما يبرر اسناد العلاقة الى قانونه (راجع آنفا البند ٢٠٥) •

وتضيف المادة ١١ حالة أخرى ينطبق فيها قانون الدولة التي تصرف فيها النائب ولو لم يوجد في الواقعة ضابط اسناد آخر وتلك هي حالة عدم وجود مقر أعمال مهنية للنائب أي حالة النائب

غير المحترف ، وبذلك نصل الى الأسناد الثالث الذي تنص عليه المادة ١١ وهو الاسناد الى :

قانون المكان الذى به مقر أعمال النائب المهنية : وينطبق هــذا القانون اذا لم يكن الأصيل أو الغير قد اختار تطبيق قانون معين وقبل الآخر هذا الاختيار طبقا للمادة ١٤ ، ثم لم يكن النائب قد تصرف فى دولة بها مقر أعمال أحد طرفى العقد أو محل اقامته المعتاد ولم يكن تعامله فى بورصة أو بطريق المزاد العلنى ، ففى حالة تخلف قانون الارادة ثم تخلف تطبيق قانون الدولة التى تصرف فيها النائب تتجـلى الأهمية الكبيرة التى تعلقها اتفاقية لاهــاى على الدور الذى يقـــوم به فى المعاملات عبر حدود الدول محترفو النيابة مثل الوكلاء التجاريين وغيرهم من الوسطاء فى التجارة الدولية الذين يتخذون لنشاطهم المهنى مقارا ثابتة (أو بتعبير الاتفاقية établissement professionnel) فمثل هذا المقر معلوم للأصيل وللغير المتعاقد مع النائب بحيث يتسنى لهما معرفة القانون المنطبق فيه والذى سيحكم علاقة النيابة التى يكون نشاط النائب المحترف حجر الزاوية فى انشائها (١) ، ولهذا الاعتبار تسند الاتفاقية علاقة النيابة الى قانون الدولة التى بهــا المقر المهنى للنائب اذا لم يكن طرفا العقد قد اختــارا تطبيق قانون آخر معين ثم اذا تعذر بعد ذلك تطبيق قانون الدولة التى تصرف فيها النائب لعــدم انضمام ضابط اسناد آخر الى ذلك الضابط الأول حالة كون النائب من محترفى النيابة عن المتعاقدين فى المعاملات عبر حدود الدول .

وواضح مما تقدم أن تطبيق قانون الدولة التى بها المقر المهنى للنائب يقتصر على الحالات التى يكون فيها هذا الأخير من محترفى النيابة ، أما الحالات التى لا يكون فيهـــا النائب محترفا فلا تنص

---

(١) اذا كان للنائب المحترف أكثر من مقر مهنى فان المادة ١١ تنص على الاعتداد بذلك المقر الذى يكون أوثق صلة بتصرفات النائب التى يثور تنازع القوانين بمناسبتها .

الاتفاقية الا على اسنادين هما الاسناد الى قانون الارادة ثم الاسناد الى قانون الدولة التى تصرف فيها النائب غير المحترف بغير حاجه الى أن ينضم ضابط اسناد ثان الى ضابط المكان الذى يتصرف فيه مثل ذلك النائب .

٢١٢ ـ وبالنسبة لتطبيق قانون المكان الذى تصرف فيه النائب قد تثور صعوبة فى تحديده فى حالة التعاقد بين غائبين مع اختلاف القوانين الوطنية فى تحديد مكان الانعقاد الحكمى للعقد بين الغائبين ، وقد واجهت اتفاقية لاهاى هذه الصعوبة فى المادة ١٣ منها التى تنص على أنه فى الحالة التى يكون فيها اتصال النائب مع الغير المتعاقد الموجود فى دولة أخرى بطريق البريد أو البرق أو المبرقة الكاتبة « التلكس » أو الهاتف أو بوسيلة أخرى مشابهة فان النائب يعتبر أنه قد تصرف فى المكان الذى به مقر أعماله المهنية أو به محل اقامته المعتاد ان لم يكن له مقر مهنى .

٢١٣ ـ وأخيرا فان اتفاقية لاهاى تخضع مسئولية النائب قبل الغير عن تجاوزه حدود نيابته أو عن تعاقده من غير صفة له فى النيابة عن الأصيل ، إلى القانون نفسه المنطبق على علاقة النيابة طبقا للاحكام السابقة التى تضمنتها الاتفاقية (المادة ١٥) .

خاتمة

لعل فى الصفحات المتقدمة ما أنار للقارىء سبيل النظرية العامة للنيابة فى التصرف القانونى مستخلصة من تطبيقاتها المتعددة فى القانون المدنى ومتميزة فى الوقت عينه بقواعدها العامة عن القواعد الخاصة التى تحكم كلا من تلك التطبيقات على انفراد .

وقد حاولنا خلال دراستنا السابقة أن نبرز ما للنظرية العامة للنيابة من أهمية بالغة فى نطاق القانون المدنى وهى أهمية لا تقتصر على التطبيقات التقليدية للنيابة وانما تنبسط ــ اعمالا للقواعد العامة فى النيابة ــ على كل وضع نجد فيه تصرفا قانونيا ترجع آثاره مباشرة الى شخص لم يشترك فى ابرامه مع بقاء مبرم التصرف بمنجاة من تلك الآثار .

وهذه الأهمية التى تزداد على الزمن تبعا لاطراد تعقد الحياة الحديثة وتشابك علاقات الأفراد فى المجتمع الواحد وعبر حدود الدول، من شأنها أن ترينا فى النيابة شيئا أكبر من مجرد وصف يعرض للتصرف القانونى كما تعرض له الأوصاف المعروفة ، فالواقع أن النيابة ليست مجرد عنصر عرضى فى التصرف القانونى وانما هى عنصر أصيل فيه .

ذلك أن التصرف القانوني ـ وهو الثوب الـذى يظهر فيه فى الحياة القانونية الجانب الأكبر من روابط الأفراد فى المجتمع ـ انمـا ينعقد بطريقين : طريق الأصالة وطريق النيـابة ، ومن تقرير الواقع الملموس أن يقال ان الطريق الثانى ـ طريق النيابة ـ لم يعد فى العصر الحديث الطريق الاستثنائى القليل طارقوه وانما هو يضارع فى الأهمية العملية الطريق الأصيل لانعقاد التصرف القانونى بحيث يتعين أن نرى فى النيابة صورة من صورتى انعقاد التصرف القانونى لا مجرد عنصر يعرض للقليل من التصرفات القانونية .

ولقد انتهينا من دراستنا التحليلية للارادة التعاقدية فى التصرفات الحاصلة بطريق النيابة الى القول بنسبة تلك الارادة الى النائب دون الأصيل وخرجنا من ذلك ـ فى ختام الباب الثانى من الكتاب الأول ـ الى تفسير لطبيعة النيابة بنيناه على الوظيفة الاجتماعية للتصرف القانونى وقد استتبع هذا التفسير لطبيعة النيابة اعتبارها نظاما خاصا مستقلا عن سائر النظم المدنية التى حاول البعض ادخالها ضمن بعضها ولهذا النظام الخاص على هذا الوضع أحكامه الخاصـة به وهى التى تناولناها فى الكتاب الثانى من هذا المؤلف .

وعندنا أن كثيرا من الخلاف الذى كان ـ ولا يزال ـ محتدما حول الطبيعة القانونية للنيابة ، وكثيرا من النظريات المختلفة التى ظهرت لتفسير تلك الطبيعة انما يرجع الى التأثير البالغ الذى لنظرية الالتزام على التفكير القانونى قديما وحديثا . فالنظرية العامة للالتزام هى عند الغالبية العظمى من الفقهاء قطب الرحى فى القانون المدنى وهى المحور الذى تدور حوله ـ وتستمد منه ـ كل المبادىء المدنية العامة .

والنيابة فى التصرف القانونى منظورا اليهـا من زاوية الالتزام حرية أن تثير ـ كما أثارت فعلا ـ كثيرا من المشكلات يمكن ردها

عموما الى ما فى ارتباط شخص بارادة غيره من شذوذ فى منطق نظرية الالتزام الذى مؤداه أن التصرف القانونى كمصدر للالتزام لا يصيب بأثره ذاك الا شخص المتصرف دون سواه .

ولقد كان من أثر تسلط نظرية الالتزام على الأدب القانونى أن ظهرت تلك المحاولات التى استهدفت تفسير طبيعة النيابة على صورة لا تخرق منطق قواعد النظرية العامة للالتزام ، وذلك كالنظرية التى تنسب الارادة التعاقدية فى التصرف الحاصل بطريق النيابة الى الأصيل دون النائب حتى لا يكون فى التزام الأصيل بآثار ذلك التصرف حرج، وكنظرية الافتراض التى مؤداها نسبة الارادة التعاقدية آخر الأمر الى الأصيل ، ثم نظرية اشتراك الارادتين على تعدد صورها التى ترمى جميعا الى تقرير نصيب للأصيل فى الارادة التعاقدية ــ قل أو كثر ــ وذلك حتى يسوغ فى منطق نظرية الالتزام أن يرتبط الأصيل بنتائج ذلك التصرف ــ وقد تناولنا كلا من هذه النظريات المختلفة بالبحث الدقيق وانتهينا الى عدم التسليم بها لما فصلناه فى مكانه من مواضع النقص والقصور الذى لم تسلم منه تلك النظريات . لهذا رأينا أن ننظر الى النيابة من زاوية أخرى غير زاوية الالتزام فعرضنا لها من ناحية الوظيفة التى للتصرف القانونى فى المجتمع ، تلك الوظيفة التى تتمثل فى اسباغ حماية القانون على معاملات الأفراد التى يستهدفون بها بلوغ أغراض اقتصادية أو اجتماعية هى النتائج المقصودة لما يبرمونه من تصرفات قانونية . والتصرف القانونى على هذا الوجه يبدو مجرد أداة يتوسل بها الأفراد الى تحقيق غايات اقتصادية واجتماعية معينة ، وهذه الأداة لا يمتنع عقلا ومنطقا أن تحقق تلك الغايات فى شخص غير صاحبها كما تحققها فى شخص من صدرت عنه الارادة المنشئة للتصرف القانونى .

وهكذا فان منطق النظرية العامة للتصرف القانونى يسيغ مبدأ النيابة كما لا يسيغه منطق النظرية العامة للالتزام ــ ولا غرو فان الالتزام ، تلك الرابطة القانونية vinculum juris بين شخصين ، لا يسهل تصوره الا فيما بين منشئيه ، أما التصرف القانونى بوصفه وسيلة الى غاية عملية فليس ما يمنع من تحقيقه تلك الغاية لشخص لم يكن هو صاحب الارادة التى يقوم عليها التصرف وذلك متى أراد صاحب الشأن هذا الوضع ، وهو ما نراه فى النيابة الاتفاقية ، أو اقتضته مصلحة جديرة بحماية القانون كما هو الأمر فى حالات النيابة القانونية .

وجدير بالذكر أن النظرية العامة للتصرف القانونى التى استهدیناها فى تفسير طبيعة النيابة ، قد أخذت تشغل من اهتمام الفقهاء حيزا مازال مطرد النمو منذ أن أفرد المشرع الألمانى لتلك النظرية المواد ١٦٤ وما بعدها من تقنينه المدنى وقد كان هذا الاهتمام بنظرية التصرف القانونى من أهم أسباب ما تعرضت له نظرية الالتزام التقليدية من أزمة قد تفقدها مكان الصدارة الذى تتمتع به بين النظم المدنية وهى الأزمة التى لم يفت الفقه تسجيلها وتحرى بواعثها (١) .

ولئن كان أعمال قاعدة النيابة بصرف آثار التصرف من النائب الذى أبرمه الى الأصيل الذى لم يشترك فى ابرامه وليد ارادة هذا الأخير أحيانا وهو ما اصطلح على تسميته بالنيابة الاتفاقية أو نفاذا لحكم القانون الوضعى أحيانا أخرى وهو ما يتمثل فى النيابة القانونية، فان بين نوعى النيابة هذين جامعة متينة اذ تحكمهما ذات القواعد العامة ــ فيما عدا ما تعلق بمصدر صفة النائب ــ وفى هذا يتجلى ما تتصف به النظرية العامة للنيابة من وحدة قوية وتماسك فنى ، وهو

(١) أنظر ــ محمود أبو عافية : التصرف القانونى المجرد ص ٣٠٠ ــ ٣٠٢ والمراجع المذكورة ثمة .

ما نظن أننا أبرزناه فى دراستنا لها اذ بسطنا ما استعرضناه من أحكامها وما سقناه من شرح لطبيعتها على نوعى النيابة جميعا لا فرق بين اختيارية (اتفاقية) وضرورية (قانونية) .

وبذلك يسوغ أن نقول بأن وحدة النظرية العامة للنيابة هى من النتائج التى يصح استخلاصها من بحثنا وأن فى هـذه الوحدة دليلا جديدا على وجوب تمييز نظام النيابة بصفة عامة عن تطبيقاته المختلفة فى القانون .

وقد بان من عرضنا لكيفية استمداد النائب الاتفاقى صفة النيابة عن الأصيل أن تلك الصفة تسبغ عليه بمقتضى الانابة الصـادرة عن اراده الأصيل ووضح لنا بذلك أن الانابة تصرف قانونى متميز عمـا تصدر بمناسبته من رابطة قانونية سابقة بين النائب والأصيل . بل هى قد تصدر غير مستندة الى أية رابطة سابقة فهى بذاتها تصرف قانونى يقوم على ارادة الأصيل المنفردة ويرمى الى تخويل النائب صفة ابرام تصرفات تقع آثارها لدى الأصيل رأسا .

وقد استتبع هذا التكييف للانابة التمييز بين « مكنة » النائب فى ابرام تصرف يلزم الأصيل ــ وهذا هو أثر الانابة ــ وبين « التزام » الوكيل باجراء عمل معين لحساب الموكل ــ وهذا هو أثر الوكالة التى هى فى العمل أكثر الروابط التى تصدر بمناسبتها الانابة ذيوعا .

واذا كان الأصل أن ولاية الشخص قاصرة على مجاله القانونى الخاص فلا يكون لتصرفه أثر الا فيما يمسه ، فان النيابة يصـح أن توصف بأنها ولاية متعدية لشخص يسمى النائب على شخص يسـمى الأصيل يستمدها الأول اما من ارادة الثانى واما من القانون ومؤداها ايقاع آثار تصرف الأول فى ذمة الثانى رأسا وعلى وجه الاقتصار .

وكما أدت دراستنا للنيابة الى تأكيد وحدة ذلك النظام القانونى فى مختلف تطبيقاته فى كل قانون وطنى على حدة ، فان المقـارنة التى

عمدنا اليها طوال هذه الدراسة بين القوانين الوضعية المختلفة المنتمية الى نظم قانونية متبـاينة قد أكدت بدورها أن للنظرية العامة للنيـابة وحدة تنتظم قوانين وطنية لا رابطة تاريخية بينها كالقـانون المصرى والقوانين العربية المأخوذة عنه من جهة وكالقانون الانجليزى والقانون الأمريكى من جهة ثانية وكالشريعة الاسلامية من جهة ثالثة ، فنظـام النيابة فى كل تلك القوانين ــ مرورا بالقوانين الوطنية التى لم نذكرها هنا كالقانون الفرنسى والقانون الألمانى والقانون الايطالى ــ يتسـم بوحدة فى كليات مبادئه بحيث يصح القول بأن فى القانون المقـارن نظرية عامة واحدة للنيـابة وان اختلفت التشريعات المتعددة فى بعض القواعد التفصيلية التى لا يمس الاختلاف فيها بجوهر وحدة نظـام النيابة فى جميعها .

والنظام الذى عرفناه وحددنا طبيعته القانونية على النحو المتقدم استعرضنا أحكامه العامة من حيث نشأته ومداه وأثره وانقضاؤه ثم خصصنا بابا لتنازع القوانين بشـأنه انتهينا منه الى اقتراح قاعدة اسناد لكل من النيابة الضرورية (القانونية) والنيابة الاختيـارية (الاتفاقية) راعينا فيها خصائص النيابة كنظـام متميز قائم بنفسه وتوخينا أن تتسع قاعدة الاسناد لكل صور تجاوز علاقة النيـابة فى المكان لحدود الدولة الواحدة .

وبعد فهذه هى النتائج العامة التى يصح استخلاصها من بحثنـا فى النيابة والتى نأمل أن تكون قد أبرزت مقومات نظام النيابة وحددت معالمه ورسمت خطـوطه الرئيسية ووضـعته فى موضـعه بين النظم المدنية ، وبعيد عنا الزعم بأن دراستنا هذه هى فصـل الخطاب فى النظرية العامة للنيابة ، فما العلم الا سلسلة متصلة الحلقات اذا كان قد قدر لنا أن نضيف اليها بهذا الكتاب حلقة صـغيرة كان ذلك عندنا جزاء عادلا لما اقتضاه هذا العمل من وقت وجهد .

ملحق
بالنصوص العامة المتعلقة
فى مختلف التقنينات

١ ــ القانون المدنى المصرى :

مادة ١٠٤ ــ اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة ، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها حتما .

ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها .

مادة ١٠٥ ــ اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الاصيل ، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل .

مادة ١٠٦ ــ اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا ، الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب .

مادة ١٠٧ ــ اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فان أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف الى الأصيل أو خلفائه .

مادة ١٠٨ — لايجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء كان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .

٢ — القانون المدنى الألمانى

Code Civil Allemand (1)

Art. 164. — La déclaration de volonté qui est passée par quelqu'un, en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés, au nom de la personne qu'il représente, a effet directement pour et contre le représenté. Il n'y a pas lieu de distinguer si cette déclaration a été faite expressément au nom du représenté ou si les circonstances indiquaient qu'elle devait être faite en son nom.

Si l'intention d'agir au nom d'autrui ne ressort pas nettement, on ne prend pas en considération le manque d'intention d'agir en son propre nom.

Il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'alinéa premier lorsque la déclaration de volonté, qui devait être faite à une personne, l'est à son représentant.

Il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'alinéa premier lorsque la déclaration de volonté, qui devait être faite à une personne, l'est à son représentant.

Art. 166. — Lorsque les effets juridiques d'une déclaration de volonté sont viciés par les vices du consentemnt ou par la connaissance ou l'ignorance fautive de certains faits, il faut prendre en considération non la personne représentée mais celle du représentant.

Lorsque dans le cas du mandat conféré par un acte juridique (procuration) le représentant a agi suivant les instruc-

Trad. Raoul de la Grasserie — 3e édition, Paris, 1910.

(١) ويلاحظ أن جمهورية ألمانيا الديمقراطية أصدرت فى سنة ١٩٧٥ تقنينا مدنيا خاصا بها فاصبحت أحكام القانون المدنى الألمانى قاصرة التطبيق على اقليم جمهورية ألمانيا الاتحادية .

tions données par le représenté, celui-ci, relativement aux faits qu'il connaissait, ne peut invoquer l'ignorance du représentant. Il en est de même des faits que le mandant devait connaître, toutes les fois que l'obligation de connaître est assimilée par la loi à la connaissance elle-même.

Art. 167. — La collation du pouvoir a lieu par déclaration faite à celui auquel on le confère ou au tiers vis-à-vis duquel la représentation doit avoir lieu .

La déclaration n'a pas besoin de la forme exigée pour l'acte juridique auquel le pouvoir se rapporte.

Art. 168. — L'expiration du pouvoir donné est fixée d'après la relation juridique qui a causé sa dation. Ce pouvoir est révocable, même lorsque les rapports juridiques continuent, à moins que le contraire ne résulte de ce pouvoir. Il y a lieu d'appliquer à sa révocation les dispositions de l'article 167, alinéa 1.

Art. 169. — Lorsque d'après les articles 674 et 727 les pouvoirs expirés d'un mandataire ou d'un associé chargé d'une affaire sont considérés comme continuant de subsister, ils ne peuvent être invoqués en sa faveur par un tiers qui en contractant savait ou devait savoir que les pouvoirs étaient expirés.

Art. 170. — Si les pouvoirs ont été cnoférés par déclaration faite à un tiers, ils continuent à avoir effet vis-à-vis de celui-ci jusqu'à ce que leur expiration lui ait été notifiée par le mandant.

Art. 171. — Si quelqu'un par avis spécial donné à un tiers ou par publication a fait savoir qu'il a chargé de ses pouvoirs une autre personne, celle-ci a le droit, en vertu de cette notification, dans le premier cas envers le tiers, dans le second envers quiconque d'exercer ces pouvoirs.

Les pouvoirs continuent de subsister jusqu'à ce que la notification faite soit révoquée dans les mêmes formes.

Art. 172. — Il faut assimiler à l'avis personnel des pouvoirs donné par le constituant le cas où celui-ci remet une pro-

curation au fondé de pouvoirs et où ce dernier la produit au tiers.

Les pouvoirs continuent jusqu'à ce que l'acte de procuration ait été rendu au constituant ou déclaré nul.

Art. 173. — Les dispositions des articles 170, 171, alinéa 2 et 172, alinéa 2, ne sont pas applicables, lorsque le tiers a connu ou dû connaître au moment de l'acte juridique que les pouvoirs étaient expirés.

Art. 174. — L'acte juridique unilatéral que fait un fondé de pouvoirs vis-à-vis d'une autre personne est nul si le fondé de pouvoirs ne produit pas la procuration et que l'autre personne repousse immédiatement cet acte pour ce motif. Elle ne peut plus le rejeter lorsque le fondé de pouvoirs lui a donné connaissance de ses pouvoirs.

Art. 175. — Après l'expiration de ses pouvoirs, le représentant doit rendre son titre de procuration à son mandant ; il n'a pas le droit de rétention.

Art. 176. — Le mandant peut faire déclarer nulle la procuration au moyen d'une notification publique ; cette déclaration doit être publiée en se conformant aux prescriptions du Code de procédure civile relatives aux notifications publiques. A l'expiration d'un mois après les dernières insertions dans les feuilles officielles la révocation a son plein effet.

La compétence pour l'autorisation de suivre cette procédure appartient tant au tribunal de bailliage dans le ressort duquel le mandant a son domicile de juridiction, qu'à celui qui serait compétent pour l'instance en restitution de titre, abstraction faite de la valeur du litige.

La révocation est nulle lorsque le constituant n'a pas le droit de révoquer le mandat.

Art. 177. — Lorsque quelqu'un conclut sans pouvoirs un contrat au nom d'une autre personne, la validité de ce contrat pour ou contre le représenté dépend de la ratification de celui-ci.

Lorsque l'autre partie somme le représenté de se déclarer à ce sujet, la déclaration ne peut être faite qu'à elle ; la ratification déclarée au représentant avant cette sommation ou le refus de ratification déclarés de la même manière sont nuls. Cette ratification ne peut être faite que deux smaines après la réception de la sommation ; à défaut elle est considérée comme refusée.

Art. 178. — Jusqu'à la ratification du contrat, l'autre partie a le droit de révoquer, à moins qu'elle n'ait connu le manque de pouvoirs au moment de la conclusion du contrat. La révocation peut aussi être déclarée au représentant.

Art. 179. — Celui qui a conclu le contrat en qualité de représentant, doit, lorsqu'il ne prouve pas cette qualité, être tenu envers l'autre partie, au choix de celle-ci, à l'exécution ou à des dommages-intérêts, si le représenté refuse sa ratification.

Lorsque le représentant n'a pas connu le manque de pouvoirs, il n'est tenu qu'à la réparation du dommage que l'autre partie a souffert en raison de ce qu'elle s'est fiée à ces pouvoirs, mais sans que cette réparation puisse excéder l'intérêt que cette autre partie avait à la réalisation du contrat.

Le représentant ne répond pas si l'autre partie connaissait ou devait connaître le manque de pouvoirs. Il ne répond pas non plus si sa capacité juridique est restreinte, à moins qu'il n'ait agi avec le consentement de son représentant légal.

Art. 180. — Dans un acte juridique unilatéral, la représentation ne peut avoir lieu sans pouvoirs. Cependant, si celui vis-à-vis duquel cet acte devait être fait n'a pas contesté les pouvoirs allégués par le representant ou s'il est convenu que le représentant pouvait agir sans pouvoirs, il y a lieu d'appliquer les dispositions relatives aux contrats. Il en est de même lorsqu'un acte juridique unilatéral a été fait vis-à-vis d'un représentant sans pouvoirs avec le consentement de celui-ci.

Art. 181. — Un représentant ne peut, à moins de conventions contraires, passer un acte juridique au nom du représen-

té avec lui-même en privé nom ou comme représentant d'un tiers, à moins que cet acte ne soit exclusivement relatif à l'exécution d'une obligation.

٢ ـ قانون الالتزامات السويسرى

Code Fédéral des Obligations

Art. 32. — Les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté.

Lorsqu'au moment de la conclusion du contrat le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier, ou débiteur que si celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation ou s'il lui était indifférent de traiter avec l'un ou l'autre.

Dans les autres cas, une cession de la créance ou une reprise de la dette est nécessaire en conformité des principes qui régissent ces actes.

Art. 33. — Le pouvoir d'accomplir des actes juridiques pour autrui, en tant qu'il se fonde sur des rapports de droit public, est réglé par le droit public de la confédération ou des cantons.

Lorsque les pouvoirs découlent d'un acte juridique, l'étendue en est déterminée par cet acte même.

Si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite.

Art. 34. — Le représenté a en tous temps le droit de restreindre ou de révoquer les pouvoirs découlant d'un acte juridique, sans préjudice des réclamations que le représentant peut avoir à former contre lui en vertu d'une autre cause, telle qu'un contrat de travail, un contrat de société ou un mandat.

Est nulle toute renonciation anticipée à ce droit par le représenté.

Lorsque le représenté a fait connaître, soit en termes exprès, soit par ses actes, les pouvoirs qu'il a conférés, il ne peut en opposer au tiers de bonne foi la révocation totale ou partielle que s'il a fait connaître également cette révocation.

Art. 35. — Les pouvoirs découlant d'un acte juridique s'éteignent par la mort, la déclaration d'absence, la perte de l'exercice des droits civils et la faillite du représenté ou du représentant, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire.

Il en est de même lorsqu'une personne morale cesse d'exister ou lorsqu'une société inscrite au registre du commerce est dissoute.

Les droits personnels des parties l'une envers l'autre demeurent réservés.

Art. 36. — Le représentant nanti d'un titre constatant ses pouvoirs est tenu, lorsqu'ils ont pris fin, de le restituer ou de l'en effectuer le dépôt en justice.

Si le représenté ou ses ayant-droit négligent d'y contraindre le représentant, ils répondent du dommage qui pourrait en résulter à l'égard des tiers de bonne foi.

Art. 37. — Aussi longtemps que le représentant n'a pas connaissance de l'extinction de ses pouvoirs, le représenté ou ses ayants-ause deviennent par son fait créanciers ou débiteurs comme si les pouvoirs existaient encore.

Son exceptés les cas dans lequels des tiers ont su que les pouvoirs ont pris fin.

Art. 38. — Lorsqu'une personne contracte sans pouvoirs au nom d'un tiers, celui-ci ne devient créancier ou débiteur que s'il ratifie le contrat.

L'autre partie a le droit d'exiger que le représenté déclare, dans un délai convenable, s'il ratifie ou non le contrat ; elle cesse d'être liée faute de ratification dans ce délai.

Art. 39. — Si la ratification est refusée expressément ou

tacitement, celui qui a pris la qualité de représentant peut être actionné en réparation du préjudice résultant de l'invalidité du contrat, à moins qu'il ne prouve que l'autre partie a connu ou dû connaître l'absence de pouvoirs.

En cas de faute du représentant, le juge peut, si l'équité l'exige, le condamner à des dommages-intérêts plus considérables.

L'action fondée sur l'enrichissement illégitime subsiste dans tous les cas.

Art. 40. — Sont réservées les dispositions spéciales sur les pouvoirs des représentants et organes de sociétés, ainsi que les fondés de procuration et autres mandataires commerciaux.

٤ — القانون المدنى الايطالى :

Codice Civile Italiano :

Art. 1387. — *Fonti della rappresentanza.*

Il potere di rappresentenza à conferito dalla legge ovvero dall'interessato.

Art. 1388. — *Contratto concluso dal rappresentante.*

Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato.

Art. 1389. — *Capacità del rappresentante e del rappresentato.*

Quando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta che questo abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato.

In ogni caso, per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato.

Art. 1390. — *Vizi della volontà.*

Il contratto è annullabile se è viziata la volontà del rappresentante. Quand pero'il vizio riguarda elementi predeterminati dal rappresentato, il contratto è annullabile solo se era viziata la volontà di questo.

Art. 1391. — *Stati soggetivi rilevanti.*

Nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o d'ignoranza di determinate circonstanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminate dal rappresentato.

In nessuna caso il rappresentato che è in mala fede puo giovarsi dello stato d'ignoranze o di buona fede del rappresentante.

Art. 1392. — *Forma della procura.*

La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere.

Art. 1393. — *Giustificazione dei poteri del rappresentante.*

Il terzo che contratta col rappresentante puo' sempre esigere che questo giustifichi i suoi poteri, et, se la rappresentanza risulta da un atto scritto, che gliene dia una copia da lui firmata.

Art. 1394. — *Conflitto d'interessi.*

Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato puo' essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciutto o riconoscibile dal terzo.

Art. 1395. — *Contratto con se stesso.*

E' annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi.

L'impugnazione puo' essere proposta soltanto dal rappresentato.

Art. 1396. — *Modificazione ed estinzione della procura.*

Le modificazioni e la revoca della procura devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. In mancanza, esse non sono opponibile ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione del contratto.

Le altre cause di estinzione del potere di rappresentaza conferito dall'interessato non sono opponibile ai terzi che le hanno senza colpa ignorate.

Art. 1397. — *Restituzione del documento della rappresentanza.*

Il rappresentante è tenuto a restituire il documento dal quale risultano i suoi poteri quando questi sono cessati.

Art. 1398. — *Rappresentanza senza potere*

Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto.

Art. 1399. — *Ratifica*

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, il contratto puo' essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescrite per la conclusione di esso.

La ratifica ha effetto rettroativo, ma sono salvi i diritti del terzi.

Il terzo e colui che ha contrattato come rappresentante possono d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica.

Il terzo contraente puo' invitare l'interessato a pronunciarsi sulla ratifica assegnadogli un termine, scadutto il quale, nel silenzio, la ratifica s'intende negata.

La facoltà di ratifica si trasmette agli eredi.

Art. 1400. — *Speciali forme di rappresentanza*

Le speciali forme di rappresentanza nelle imprese agricole e commerciali sono regolate dal libro V (2203 s).

٥ ـ مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى : (١)

Projet de réforme du Code civil français

Textes adoptés par la Comission plénière relatifs à la représentation

Art. 20. — Un acte juridique peut valablement être fait par un représentant, sauf disposition contraire de la loi.

Art. 21. — La représentation résulte, soit d'une disposition de la loi, soit d'une décision de justice, soit de la volonté commune du représentant et du représenté.

Art. 22. — Il n'est pas nécessaire que le représentant ait la capacité de faire l'acte pour lequel il a pouvoir, il suffit qu'il soit capable de représenter autrui conformément à la loi.

Art. 23. — L'absence ou le vice de la volonté s'apprécie dans la personne du représenté ou dans celle du représentant dans la mesure où la volonté de chacun a concouru à l'acte.

Art. 24. — Les effets de l'acte passé par le représentant pour le compte du représenté se produisent à l'égard du représenté, non du représentant.

Art. 25. — Il n'y a représentation que pour les actes accomplis par le représentant dans la limite de ses pouvoirs.

Toutefois, lorsqu'un acte a été accompli sans pouvoirs ou lorsque les pouvoirs ont été dépassés, l'acte peut être ratifié par celui pour le compte de qui il a été fait, auquel cas il y a représentation.

La ratification est soumise aux dispositions applicables à la confirmation des actes nuls.

En l'absence de ratification, celui qui a agi pour autrui sans pouvoirs ou au-delà de ses pouvoirs, doit réparer le pré-

---

(١) انشأت لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى سنة ١٩٤٥ وباشرت أعمالها طوال عشرين عاما الى أن حلت سنة ١٩٦٥ بعد العدول عن فكرة تنقيح القانون المدنى الفرنسى تنقيحا شاملا .

judice qu'il a causé à ceux qui, étant de bonne foi, avaient intérêt à la validité de l'acte.

Art. 26. — La restriction, la révocation ou l'expiration de pouvoirs du représentant ne peut pas être opposée par le représenté à ceux qui n'en ont pas eu connaissance au moment où ils ont acquis des droits par l'intermédiaire du représentant.

Art. 27. — Sauf disposition contraire de la loi, le pouvoir général de représentation confère au représentant le seul droit d'accomplir des actes d'administration.

Sauf disposition contraire de la loi, le pouvoir spécial d'effectuer une opération juridique d'une nature déterminée est suffisant, sans qu'il soit nécessaire de spécifier l'acte même à réaliser.

Art. 28. — Le représentant ne peut pas, au nom du représenté, à moins d'y avoir été autorisé par ce dernier ou par la loi, stipuler pour son propre compte ou pour le compte d'une autre personne qu'il représente.

Le représenté peut ratifier un tel acte dans les cas où il aurait pu l'autoriser.

Art. 29. — Il n'y a pas représentation lorsque celui qui a traité avec le représentant ignorait que ce dernier n'agissait pas en son nom personnel, à moins que la considération de la personne ne lui fut indifférente.

Art. 30. — Le représentant peut se réserver la faculté de désigner le représenté une fois l'acte passé.

Sauf stipulation contraire, la désignation doit être faite dans un délai de vingt-quatre heures à compter de la formation de l'acte.

Faute de désignation du représenté dans le délai imparti, le représentant est censé avoir stipulé pour lui-même.

Art. 31. — Sauf disposition de la loi ou stipulation contraires, le représentant ne peut pas se substituer une autre personne.

Art. 32. — Sauf stipulation contraire, la représentation prend fin par le décès du représentant.

Art. 33. — Lorsque le représentant est muni d'un titre constatant ses pouvoirs, il doit, dès que ces derniers ont pris fin et sans qu'il puisse opposer le droit de retention, restituer ledit titre ou en faire ordonner le dépôt par justice.

Art. 34. — Le pouvoir de faire au nom d'autrui un acte pour lequel la loi exige la forme authentique doit être donné par acte notarié. S'il s'agit d'un acte pour lequel l'écrit sous-seign privé est suffisant, le pouvoir peut n'être donné que par acte sous-seign privé, même si l'acte est rédigé dans la forme authentique.

المشروع التمهيدى المعدل
لقانون موحد بشأن النيابة فى البيع الدولى للسلع
الذى اقرته اللجنة المشكلة من مندوبى حكومات الدول
الأعضاء فى المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص
(روما) وصدر عن المعهد فى اكتوبر سنة ١٩٧١ (١)

الفصل الأول
نطاق تطبيق القانون ـ تعريفات

المادة الأولى

١ ـ ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة فى بيع السلع وشرائها متى كان موطنا أعمال اثنين من الأطراف الثلاثة ، الأصيل والنائب والغير الذى يتعامل معه النائب ، واقعين فى اقليمى دولتين مختلفتين ومتى ؟

(أ) كانت الدولتان من الدول الموقعة على هذا الاتفاق ، أو

(ب) كانت قواعد القانون الدولى الخاص التى تطبقها المحكمة تشير بتطبيق قانون دولة موقعة على هذا الاتفاق .

٢ ـ ومع ذلك فان أحكام هذا القانون التى تخص علاقة الأصيل بالنائب لا تنطبق متى كان موطنا أعمالهما واقعين فى دولة واحدة .

٣ ـ متى كان لأحد الأطراف أكثر من موطن أعمال تكون العبرة بالموطن الأوثق صلة بالمعاملة موضوع الدعوى .

---

(١) عقد أخيرا مؤتمر من مندوبى الدول أعضاء المعهد للتصديق على هذا المشروع وذلك فى مدينة بوخارست فى الفترة من ٢٨ مايو الى ١٣ يونيو ١٩٧٩ ولم يتمكن المؤتمر من الموافقة على المشروع برمته بل اعتمد منه ١٣ مادة وتأجل بحث باقى مواد المشروع الى مؤتمر آخر ينتظر انعقاده فى أواخر سنة ١٩٨٠ .

٤ ـ متى لم يكن لأحد الأطراف موطن أعمال كانت العبرة بمكان إقامته المعتاد .

المادة (٢)

النيابة فى مفهوم هذا القانون علاقة تقوم كلما تصرف شخص هو النائب لحساب شخص آخر هو الأصيل فى تعامله مع طرف ثالث ، سواء كان تصرفه باسمه هو أو باسم الأصيل .

المادة (٣)

لا ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة الناشئة عن :

(أ) روابط الأسرة .

(ب) الصفة التى يسبغها التشريع أو القضاء على شخص فى التصرف لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية .

(جـ) العلاقة بين شخص اعتبارى أو بين شركة غير ذات شخصية اعتبارية وبين الأعضاء المتولية التعبير عن ارادة الشخص الاعتبارى أو الشركة .

(د) علاقة يحكمها عقد عمل .

المادة (٤)

لا ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة المتعلقة ببيع أو شراء :

(أ) الأوراق المالية والأوراق التجارية والنقود .

(ب) السفن والمراكب والطائرات الخاضعة للتسجيل أو القيد .

(جـ) التيار الكهربائى .

(د) أية سلع بالمزاد العلنى .

المادة (٥)

ينطبق هذا القانون على علاقات النيابة بصرف النظر عن الصفة التجارية أو المدنية للأطراف أو للعقد .

المادة (٦)

يحل هذا القانون في جميع ما ينطبق عليه محل اية قواعد قانونية اخرى كان يمكن لولاه أن تنطبق بما في ذلك قواعد القانون الدولي الخاص .

المادة (٧)

لا يحول كون هذا القانون واجب التطبيق دون :

(أ) قيام الأطراف باختيار أى قانون آخر يحكم علاقاتها المتبادلة .

(ب) قيام الأطراف باستبعاد أو بتعديل اى حكم من أحكام هذا القانون فما لا يمس غير علاقاتهم المتبادلة .

المادة (٨)

في الحالات التي لا يكون فيها هذا القانون واجب التطبيق يجوز للأطراف أن يختاروه ليحكم علاقتهم المتبادلة ومع ذلك فان اختيار الأطراف لهذا القانون لا تأثير له على انطباق اية أحكام قانونية آمرة واجبة التطبيق .

المادة (٩)

١ ــ يكون الأطراف ملزمين بأية عادات أو اعراف اشاروا اليها صراحة أو ضمنا وبأية ممارسات جرى عليها عملهم فيما بينهم .

٢ ــ العادات والأعراف التي يعتبر الأطراف انهم اشاروا اليها ضمن تشمل أية عادات أو أعراف يعلم الأطراف أو كان واجبا أن يعملوا بها وتكون معروفة للكافة في مجال التجارة الدولية ومرعية من جانب الأطراف في عقود من نوع العقد المبرم بين الأطراف المعنيين .

٣ ــ في حالة التضارب بين تلك العادات والأعراف وبين أحكام هذ القانون تسرى العادات والأعراف مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

٤ ــ اذا استعمل الأطراف تعبيرات أو صيغا او نماذج عقود شائعة في التعامل التجاري فان تفسيرها يكون وفقا للمعنى المقبول على نطاق

واسمع فى الأوساط التجارية المعنية وهذا مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

المادة (١٠)

يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند تفسير أحكام هذا القانون وتطبيقها ما له من طابع دولى وما تدعو اليـه الحاجة اليه من دعم الاتجاه نحو وحدة التفسير والتطبيق .

الفصل الثانى

نشأة النيابة ومداها

المادة (١١)

١ ــ لا يخضع عقد النيابة لشكل خاص ولا يشترط لوجوده ولا لاثباته أن يكون مكتوبا .

٢ ــ ومع ذلك فان قانون الدولة التى يباشر فيها النائب نشاطه هو الذى يحدد الآثار المترتبة على عدم توفر متطلبات الشكل متى كان ذلك القانون :

(أ) يتطلب شكلا خاصا أو اجراء شكليا معينا بالنسبة لانابة ذلك النائب بما فى ذلك ما يتعلق بالتسجيل أو النشر ، أو كان القانون .

(ب) يشترط موافقة جهـة رسـمية أو غيرها على قيـام النائب بمقتضيات نيابته .

المادة (١٢)

١ ــ تنشأ صفة النائب اما عن انابة صريحة صادرة عن الأصيل واما عن انابة مستندة الى وضـع يشغله النائب ازاء الأصيل برضا هذا الأخير الصريح أو الضمنى وما عن مسلك الأصيل وظروف الحال .

٢ ــ تكون للنائب صـفة ضمنية فى القيام بجميع التصرفات الضرورية لتحقيق الغرض الذى من أجله صدرت الانابة .

المادة (١٣)

للنائب أن يعين نائبا عنه مالم تدل ظروف الحال على غير ذلك وتعتبر العلاقة بين النائب ونائب النائب علاقة نيابة .

المادة (١٤)

١ ــ ليس للنائب أن يحل شخصا آخر محله الا بتخويل صريح من الأصيل على أن للنائب ذلك اذا كان فى وضع لا يسمح له بالقيام بتصرف تتطلب مصلحة الأصيل سرعة القيام به .

٢ ــ فى الحالات التى يجوز فيها للنائب احلال غيره محله يعتبر من يحل محل النائب نائبا مباشرا عن الأصيل ولا يكون النائب الأصلى مسئولا قبل الأصيل الا عن اهماله فى اختيار من حل محله أو فى تزويده بالتعليمات اللازمة .

الفصل الثالث

العلاقة بين الأصيل والنائب

المادة (١٥)

١ ــ يلتزم الأصيل والنائب بمراعاة حسن النية فى علاقاتهما المتبادلة .

٢ ــ مع عدم الاخلال بما لحكم الفقرة السابقة من صفة العموم تتبع الأحكام الآتية :

(أ) يلتزم النائب بعدم افشاء أية معلومات سرية يكون قد تلقاها بحكم نيابته وبعد استخدام مثل تلك المعلومات لأغراض بينه وبين مصلحة الأصيل تعارض .

(ب) يلتزم النائب بالا يباشر نشاطا لحساب أصيل آخر يعد بأن مصلحته تتعارض مع مصلحة الأصيل الأول مالم يخط هذا الأخير بذلك مقدما .

(ج) لا يجوز للنائب بغير رضا الأصيل أن يشترى لحساب نفسه السلع المكلف ببيعها لحساب الأصيل ولا أن يبيع الاصيل سلعا مملوكة له .

(د) لا يجوز للنائب أن يشترى لحساب الأصيل السلع المكلف ببيعها لحساب أصيل آخر بغير رضا الأصيلين .

المادة (١٦)

١ ــ على النائب ان يبذل من المهارة والعناية فى تنفيذ ما تعهد به القدر الذى يتوقع من نائب فى مثل ظروفه وعليه أن يتبع تعليمات الأصيل .

٢ ــ على النائب أن يزود الأصيل بالمعلومات اللازمة عن الأعمال التى يقوم بها وأن يقدم له حساب عملياته ، بما فى ذلك الحساب المالى ، على فترات أو كلما طلب اليه الأصيل ذلك متى وقع ذلك الطلب فى أوقات معقولة .

المادة (١٧)

١ ــ على النائب العناية بحفظ ما يتسلمه بصفته تلك وللأصيل أن يطلب ان يسلم اليه فورا جميع ما يحق له مطالبة النائب به بما فى ذلك المبالغ النقدية .

٢ ــ على النائب ان يقوم بكل ما يلزم لحفظ كافة حقوق الأصيل وحقه فى سلوك طرق التقاضى والطعن .

٣ ــ اذا كانت السلع التى يتسلمها النائب معرضة تحت يده للتلف او لانخفاض رتبة نوعها بما ينقص من قيمتها بشكل محسوس فللنائب ، اذا ضاق الوقت عن الحصول على تعليمات الأصيل ، ان يقوم هو ببيع السلع او بأية اجراءات أخرى تتعلق بها تتطلبها مصلحة الأصيل .

٤ ــ على النائب أن يتبع فى بيع السلع القواعد التى ينص عليها القانون او تقررها العادة والعرف فى مكان وجود السلع بشأن البيع الذى تلجيء اليه الضرورة .

المادة (١٨)

١ ــ لا يكون النائب مسئولا قبل الأصيل من عدم قيام المشترى أو البائع بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد بيع أو شراء مالم يكن النائب قد كفل تنفيذ تلك الالتزامات .

٢ ــ ومتى كان النائب قد كفل تنفيذ تلك الالتزامات يكون مسئولا بالتضامن مع البائع أو المشترى ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك .

المادة (١٩)

لا يجوز للنائب بغير رضا الأصيل صراحة أو ضمنا أن يتفق مع الغير المشترى أو البائع على النسيئة لصالحه أو يمنحه أجلا أو أن يقسط عليه التزاماته النقدية أو أن يمنحه أية تسهيلات أخرى بشأن السداد أو التسليم .

المادة (٢٠)

للنائب الحق فى تقاضى الأجر الذى ينص عليه عقد النيابة صراحة او ضمنا وفى استرداد النفقات التى انفقها ولو خلا العقد من النص على ذلك .

المادة (٢١)

على الأصيل أن يزود النائب بالمعلومات وأن يقوم له كل معاونة معقولة من اجل تمكينه من تنفيذ التزاماته .

المادة (٢٢)

اذا لم يؤد الأصيل الى النائب ما هو مستحق له من أجر ومبالغ مستحقة الرد وغيرها من المبالغ المترتبة على النيابة يكون للنائب أن يقوم بواحد من الأمرين الآتيين :

(أ) فاما أن يقتطع تلك المبالغ من أى مبلغ يكون مستحقا لديه للأصيل

(ب) واما أن يحبس السلع أو غيرها من الأشياء التى تحت يده لحساب الأصيل بسبب العقد . وللنائب فى هذه الحالة كذلك أن يبيع السلع ويحبس المتحصل من بيعها مقابل ما هو مستحق له بصرف النظر عما قد ينص عليه عقد النيابة ، على الا يقوم بشىء من ذلك الا بعد فترة معقولة من اعذار الأصيل . وعلى النائب أن يتبع فى ذلك البيع ما قد ينص عليه القانون أو يقضى به العرف أو العادة فى مكان وجود السلع من قواعد بشأن امثال تلك البيوع .

المادة (٢٣)

اذا لم يقم أى من الأصيل أو النائب بتنفيذ التزامه قبل الآخر دون أن يكون لذلك سبب مشروع أو يكون لديه عذر مقبول كان عليه أن يدفع للطرف الآخر من التعويض ما يجعله فى الوضع ذاته الذى كان يجد نفسه فيه فيما لو كان الطرف المخل قد قام بتنفيذ التزاماته ، هذا مع عدم الاخلال بأية دعوى أخرى يمكن الرجوع بها عليه .

الفصل الرابع

الآثار القانونية لتصرف النائب لحساب الأصيل

المادة (٢٤)

متى قام النائب بتصرف لحساب الأصيل فى حدود نيابته وكانت صفته تلك معلنة أو ظاهرة فان العقد الذى يبرمه مع الغير ينشىء علاقة بين هذا الغير وبين الأصيل ، هذا مع مراعاة أحكام المادة ٢٧ .

المادة (٢٥)

١ ــ اذا تصرف النائب بغير صفة أو متجاوزا حدود نيابته فان العقد الذى يبرمه لا ينشىء علاقة قانونية بين الأصيل والغير .

٢ ــ وليس للغير أن يستند الى صفة ضمنية وفقا لنص المادة ١٢ اذا كان يعلم أو كان واجبا عليه أن يعلم بانتفاء الصفة أو بتجاوز النائب حدود نيابته .

المادة (٢٦)

١ ــ متى قام النائب بتصرف لحساب الأصيل فى حدود نيابته وكانت صفته تلك غير معلنة ولا ظاهرة عند التعاقد فان العقد لا يربط الا النائب والغير الذى تعاقد معه .

٢ ــ ومع ذلك فاذا صار الكشف فيما بعد عن أن النائب كان يتصرف لحساب الأصيل أو أصبح ذلك ظاهرا كان للأصيل أن يمارس حقوق النائب قبل الغير بما يرد عليها من الدفوع الناشئة عن العقد والتى كان لهذا الأخير أن يدفع بها قبل النائب ، كما يكون للغير أن يمارس

قبل الأصيل الحقوق التى له قبل النائب بما يرد عليها من الدفوع الناشئة عن العقد والتى كان للنائب أن يدفع بها قبل الغير وكذلك تلك الدفوع التى كان للأصيل أن يدفع بها قبل النائب ، غير أن هذه الحقوق لا يجوز ممارستها الا متى كان النائب لم يقم بتنفيذ التزامه قبل الطرف الذى يرغب فى ممارسة تلك الحقوق أو كان النائب فى وضع لا يسمح له بتنفيذ تلك الالتزامات ، هذا كله مع مراعاة أحكام المادة ٢٧ .

٣ ـ يوجه اعلان الرغبة فى ممارسة الحقوق المشار اليها فى الفقرة السابقة الى النائب والى الغير أو الأصيل حسب الأحوال ، ومتى تلقى الغير أو الأصيل ذلك الاعلان لم يجز له أن يقوم بالوفاء للنائب.

٤ ـ اذا تعذر على النائب القيام بتنفيذ التزامه قبل الغير بسبب اخلال الأصيل بالتزامه نحوه كان على النائب أن يعلم الغير باسم الأصيل .

٥ ـ واذا لم يقم الغير بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد قبل النائب كان على هذا الأخير أن يعلم الأصيل باسم الغير .

٦ ـ لا تنطبق أحكام الفقرة ٢ من هذه المادة اذا حدث بعد الكشف عن واقعة تصرف النائب لحساب الاصيل أو صيرورتها ظاهرة أن ابلغ الأصيل أو النائب الغير بأنهما قد اتفقا على اعتبار العقد المبرم مع هذا الأخير ملزما للنائب وللغير فقط .

المادة (٢٧)

يجوز للنائب ، وفقا لتعليمات الأصيل الصريحة أو الضمنية ، أن يتفق مع الغير على الا يكون لهذا الأخير رجوع مباشر على الأصيل ،لا للأصيل رجوع مباشر عليه . ويجوز أن يستنتج هذا الاتفاق من الظروف بما فيها الاشارة الى عقد وكالة بالعمولة أو الى بقاء اسم الأصيل فى طى الكتمان .

المادة (٢٨)

١ ـ يجوز لمن اجرى لحسابه تصرف غير نافذ فى حقه بواسطة شخص غير ذى صفة أو نائب متجاوز لحدود نيابته أن يقر ذلك التصرف .
وفى حالة الاقرار تترتب على التصرف الآثار نفسها التى كانت تترتب عليه ابتداء لو كان من قام به ذا صفة .

٢ ـ اذا كان الغير عالما أو كان واجبا عليه أن يعلم بانتفاء صفة النائب فانه لا يبرأ من التزاماته الناشئة عن العقد قبل انقضاء المهلة المتفق عليها للاقرار أو المهلة المعقولة التى يحددها ، الا بموافقة النائب . أما اذا كان الغير لا يعلم بانتفاء الصفة ثم علم به فله اما أن يتحلل من العقد واما أن يحدد مهلة لصدور الاقرار عن الأصيل

٣ ـ تترتب على الاقرار آثاره ولو كان من غير الممكن ، في وقت صدوره أن ينعقد التصرف موضوع الاقرار صحيحا .

٤ ـ اذا كان التصرف قد جرى لحساب شخص اعتبارى قبل تأسيسه فان الاقرار لا يكون نافذا الا اذا كان القانون الذى يحكم تأسيس الشخص الاعتبارى يسمح به .

٥ ـ لا يخضع الاقرار لشكل خاص وقد يكون صريحا أو يستنتج من مسلك الأصيل . ويترتب على الاقرار أثره من وقت اتصاله بعلم الغير .

٦ ـ للغير أن يرفض قبول الاقرار الجزئى .

٧ ـ الاقرار الذى انتج اثره لا يمكن الرجوع فيه .

المادة (٢٩)

١ ـ يكون الشخص الذى يتصرف لحساب آخر بغير صفة أو متجاوزا حدود نيابته مسئولا قبل الغير عن التعويض بالقدر الذى يضع هذا الأخير فى الوضع نفسه الذى كان يكون فيه لو أن المتصرف كان ذا صفة أو أن النائب كان لم يجاوز حدود نيابته .

٢ ـ ومع ذلك فلا مسئولية على مثل ذلك المتصرف او النائب اذا كان الغير عالما أو كان واجبا عليه أن يعلم بانتفاء الصفة أو بتجاوز حدود النيابة .

الفصل الخامس

انقضاء النيابة

المادة (٣٠)

ينقضى عقد النيابة بانقضاء الوقت المحدد فيه أو متى اتفق الطرفان على انهائه أو بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه تنفيذا تاما .

المادة (٣١)

١ – لا ينقضى عقد النيابة بوفاة الأصيل أو بزوال أهليته الا اذا كان ملحوظا فى العقد قيام الأصيل شخصيا بتنفيذ الالتزامات التى يرتبها عليه .

٢ – ينقضى عقد النيابة متى استحال تنفيذ التزامات الأصيل بسبب افلاسه أو اتخاذ اجراء مماثل قبله ، بغير اخلال بالتعويض الذى قد يترتب على مثل هذا الانقضاء .

٣ – متى لم يكن الأصيل شخصا طبيعيا لا يترتب على اتخاذ اجراءات حله انقضاء النيابة ما لم يكن ذلك نتيجة لافلاسه أو لاتخاذ اجراء مماثل قبله .

٤ – بالرغم من انقضاء النيابة وفقا لأحكام هذه المادة يتعين على النائب أن يستمر فى النيابة بالقدر الضرورى لدرء الضرر عن مصلحة الأصيل أو تركته .

المادة (٣٢)

١ – ينقضى عقد النيابة بوفاة النائب أو بزوال ما كان له من الأهلية عند صدور الانابة اليه .

٢ – ينقضى عقد النيابة متى استحال تنفيذ التزامات النائب بسبب افلاسه أو اتخاذ اجراء مماثل قبله أو متى اتخذت اجراءات الحل قبل النائب الذى ليس شخصيا طبيعيا ، بغير اخلال بالتعويض الذى قد يترتب على مثل هذا الانقضاء .

المادة (٣٣)

ينقضى عقد النيابة بارادة كل من الأصيل والنائب مهما تكن أحكام العقد فى هذا الشأن . ويكون الطرف الذي ينهى النيابة بارادته من غير سبب مشروع أو عذر مقبول مسئولا عن التعويض عن فسخ العقد أو عن عدم اعطاء مهلة معقولة اذا كان العقد غير محدد المدة .

المادة (٣٤)

مع مراعاة أحكام المادة ٣٥ تترتب على انقضاء عقد النيابة بارادة أحد طرفيه آثاره قبل الغير من وقت علمه به فقط الا فى الحالتين الآتيتين:

(أ) اذا كان قد صار اشهار النيابة عن طريق تسجيلها أو نشرها طبقا لأحكام القانون ثم صار اشهار انقضائها بالطريق عينه .

(ب) اذا كان قد صار الغاء المحرر الذى ينشىء النيابة أو يثبتها باجراء منصوص عليه لهذا الغرض فى قانون الدولة التى يباشر فيها النائب نشاطه .

المادة (٣٥)

اذا كان مصدر علم الغير بالنيابة هو قول النائب غير المؤيد بأى مسلك من قبل الأصيل ترتب على انهاء الأصيل للنيابة أثره قبل الغير بمجرد اتصال الانهاء بعلم النائب ولو لم يعلم به الغير .

المادة (٣٦)

١ ــ على النائب أن يقوم بما يلزم ، فى حدود المعقول ، لاخطار الغير فى وقت مناسب بانهاء النيابة بارادته أو بارادة الأصيل .

٢ ــ اذا لم يقم النائب بذلك كان للغير الحق فى التعويض ، طبقا للمادة ٢٩ ، قبل النائب وقبل الأصيل بوصفه ضامنا .

المادة (٣١)

١ ـ لا ينقضى عقد النيابة بوفاة الأصـيل أو بزوال أهليته الا اذا كان ملحوظا فى العقد قيام الأصيل شـخصيا بتنفيذ الالتزامات التى يرتبها عليه .

٢ ـ ينقضى عقد النيابة متى استحال تنفيذ التزامات الأصيل بسبب افلاسه أو اتخاذ اجراء مماثل قبله ، بغير اخلال بالتعويض الذى قد يترتب على مثل هذا الانقضاء .

٣ ـ متى لم يكن الأصيل شخصا طبيعيا لا يترتب على اتخاذ اجراءات حله انقضاء النيابة ما لم يكن ذلك نتيجة لافلاسه أو لاتخاذ اجراء مماثل قبله .

٤ ـ بالرغم من انقضاء النيابة وفقا لأحكام هذه المادة يتعين على النائب أن يستمر فى النيابة بالقدر الضرورى لدرء الضرر عن مصـلحة الأصيل أو تركته .

المادة (٣٢)

١ ـ ينقضى عقد النيابة بوفاة النائب أو بزوال ما كان له من الأهلية عند صدور الانابة اليه .

٢ ـ ينقضى عقد النيابة متى استحال تنفيذ التزامات النائب بسبب افلاسه أو اتخـاذ اجراء مماثل قبله أو متى اتخذت اجراءات الحل قبل النائب الذى ليس شخصيا طبيعيا ، بغير اخلال بالتعويض الذى قد يترتب على مثل هذا الانقضاء .

المادة (٣٣)

ينقضى عقد النيابة بارادة كل من الأصيل والنائب مهما تكن أحكام العقد فى هذا الشأن . ويكون الطرف الذى ينهى النيابة بارادته من غير سبب مشروع أو عذر مقبول مسئولا عن التعويض عن فسخ العقد أو عن عدم اعطاء مهلة معقولة اذا كان العقد غير محدد المدة .

المادة (٣٤)

مع مراعاة أحكام المادة ٣٥ تترتب على انقضاء عقد النيابة بارادة أحد طرفيه آثاره قبل الغير من وقت علمه به فقط الا فى الحالتين الآتيتين:

- محمد على عرفة : شرح القانون المدنى الجديد فى التأمين والعقود الصغيرة ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٥٠ .
- محمد كامل مرسى : العقود المدنية الصغيرة ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ١٩٤٢ .
- محمد كامل مرسى : شرح القانون المدنى الجديد ـ العقود المسماة ، القاهرة ١٩٤٩ .
- محمود ابو عافية : التصرف القانونى المجرد ، القاهرة ١٩٤٨ .
- مصطفى الزرقا : محاضرات فى القانون المدنى السورى ، القاهرة ١٩٥٤ .

ب ـ الشريعة الاسلامية :

- أحمد ابراهيم : المعاملات الشرعية المالية ، القاهرة ١٩٣٦ .
- أحمد ابراهيم : أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ـ دروس للدكتوراه ـ القاهرة ١٩٤٠ ـ ١٩٤١ .
- أحمد أبو الفتح : المعاملات فى الشريعة الاسلامية ، جـ ٢ ، القاهرة (ب . ت .)
- الشاطبى (أبو أسحق ابراهيم بن موسى الغرناطى المالكى) : الموافقات فى أصول الشريعة ـ ٤ اجزاء ـ القاهرة (المكتبة التجارية الكبرى) .
- شفيق شحاته : نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد ، السنة الأولى (١٩٥٩) ، ص ٣٠٥ ـ ٣٦٢ .
- عبد الرزاق أحمد السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، جـ ٥ ، القاهرة ١٩٥٨ .
- على الخفيف : احكام المعاملات الشرعية ، القاهرة ١٩٤١ .
- محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية القاهرة ١٩٣٩ .
- محمد رضا عبد الجبار العانى : الوكالة فى الشريعة والقانون بغداد ١٩٧٥ .
- محمد مصطفى شلبى : نظام المعاملات فى الفقه الاسلامى الاسكندرية ١٩٥٥ .

- محمد يوسف موسى : الفقه الاسـلامى ، مدخل لدراسـته ونظام المعاملات فيه ، القاهرة ١٩٥٤ .
- وحيد الدين سوار : التعبير عن الارادة فى الفقـه الاسـلامى ، القاهرة ١٩٦٠ .
- وهبة الزحيلى : الفقه الاسـلامى فى أسـلوبه الجديد ، جـ ٢ ، دمشق ١٩٦٨

فقه الحنفية :

- « المبسوط » لشمس الأئمة السرخسى جـ ١٩ (خصوصا ص ٢ ـ ١٦٠) .
- « حاشية ابن عابدين » المسماة « رد المحتار على الدر المختار » بولاق سنة ١٣٢٥ جـ ٤ (خصوصا ص ٤١٥ ـ ٤٣٦) .
- تكملة حاشية ابن عابدين المسماة « قرة عيون الآخبار لتكملة رد المحتار » (بولاق ١٣٢٦) جـ ١ خصوصا ص ١٨٦ ـ ٢٨٣) .
- « الفتاوى الهندية » المسماة « بالفتاوى العالمكيرية » ، بولاق سنة ١٣١٠ ، جـ ٣ (خصوصا ص ٥٦٠ ـ ٦٤٤) .
- « تحفة الفقهاء » للسمرقندى ، جـ ٣ ، دمشق ١٩٥٩ بتحقيق زكى عبد البر .
- « بدائع الصانع فى ترتيب الشرائع » للكاسـانى ، مصر سـنة ١٣٢٨ ، جـ ٦ (خصوصا ص ١٩ ـ ٣٩) .
- « شرح فتح القدير » للكمال بن الهمام جـ ٦ خصوصا ص (١٠٠ ـ ١١٢) .
- تكملة شرح فتح القدير لقـاضى زاده المسماة « نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار » ـ مطبوع مع المرجع السابق ، ذات المجلد (خصوصا ص ٢ ـ ١٣٦) .

فقه الشافعية :

- « منهاج الطالبين » للنووى (محيى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف) جـ ٢ طبعه باتافيا سنة ١٨٨٣ (مطبعـة حكومة الهند الشرقيـة الهولاندية) تحقيق المستشرق فان دن برج مـع ترجمـة النص العربى الى الفرنسية (خصوصا ص ٦٠ وما بعدها) .

- « نهاية المحتاج الى شرح المنهاج » لابن الرملى جـ ٤ (خصوصا ص ١١ — ٤٨) .
- « الفتاوى الكبرى الفقهية » لابن حجر جـ ٣ مصر (خصوصا ص ٨٣ — ٩٢) .
- فتاوىٰ ابن الرملى — على هامش ابن حجر (المرجع السابق) جـ ٢
- تحفة الحبيب على شرح الخطيب لسليمان البجيرمى وهى حاشية على الشرح المسمى بالاقناع فى حل الفاظ ابن شجاع (وبهامشها الشرح المذكور) مصر سنة ١٢٩٤ هـ جـ ٣ (وخصوصا ص ١١٨ — ١٢٧) .
- الغرر البهية فى شرح البهجة الوردية للانصارى — مصر سنة ١٣٠٨ هـ جـ ٣ (خصوصا ص ٨٣ — ٩٢) .

فقه المالكية :

- « المدونة الكبرى » للامام مالك جـ ١٠ مصر سنة ١٩٢٣ (خصوصا ص ٧٥ — ٨٩) .
- « تحفة الحكام فى نكت العقود والأحكام » لابن عاصم وعليها شرح التسولى ، القاهرة .
- « شرح الخرشى على مختصر خليل » جـ ٤ مصر سنة ١٣٢٦ وبهامشه حاشية العدوى (خصوصا ص ٢٨٤ — ٣٠٢) .
- « حاشية الدسوقى على الشرح الكبير » لمحمد عرفه الدسوقى وبهامشه الشرح المذكور للدردير مع تقريرات للشيخ عليش جـ ٣ ، خصوصا ص ٣٧٧ — ٣٩٧) .

فقه الحنابلة :

- « المغنى » لابن قدامه وعليه الشرح الكبير ، جـ ٥ مصر سنة ١٣٤٧ (مطبعة المنار) . (خصوصا ص ٢٠١ — ٢٧٠) .
- « منتهى الارادات » لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى

المصرى الشهير بابن النجار ، القسم الأول ، القاهرة ١٩٦١ بتحقيق عبد الغنى عبد الخالق (خصوصا ص ٤٤٣ — ٤٥٤) .

— شرح البهوتى على منتهى الارادات للفتوحى (بهامش كشاف القناع) خصوصا ص ١٦٤ — ١٩٦ .

— « كشاف القناع عن متن الاقناع » لمنصور بن ادريس — وهو شرح على « الاقناع لطالب الانتفاع » للحجاوى — جـ ٢ القاهرة سنة ١٣١٩ (خصوصا ص ٢٣١ — ٢٥٢) .

BIBLIOGRAPHIE

Anson, William, Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract, Oxford 1920 (specialement, pp. 399-436).

Arangio-Ruiz, Vincenzo, Le Contrat de mandat en droit romain, Revue « Al Quanoun wal Iktisad » (Bulletin de la Faculté de Droit du Caire), XVII (1947), pp. 1-89.

Arnaud, De la représentation, Thèse, Poitiers, 1870.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. IV, Paris, 1871.

Batiffol, Les conflits des lois en matière de contrats, Paris, 1938.

Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris, 1956.

Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, Paris, 1959.

Beauregard, V., Du développment parallèle de la représentation dans les instances judiciaires et dans les actes juridiques, Thèse, Paris, 1892.

Belgesay, M. Resit, Hukukî muamelelerde temsil, Istanbul, 1941 (Cours de doctorat No. 3 de la Faculté de Droit de l'Université d'Istanbul).

Birsen, Kemaleddin, Borçlar Hukuku Dersleri, t. I, Istanbul, 1944 (spécialement, PP. 130-157).

Boland, E., De la représentation dans les contrats, Thèse, Liège, 1927.

Bouquier, P., Etude générale de la représentation dans les actes juridiques, Thèse, Montpellier, 1899.

Boyer, M., Essai sur la représentation dans les actes juridiques, Thèse, Toulouse, 1898.

Bowstead, William, A Digest of the Law of Agency, 8th Edition. London, 1932.

Bry, De la représentation de la personne dans les actes de la vie civile, Tnèse, Poitiers, 1871.

:alais-Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, Thèse, Montpellier, 1959.

:apitant, Introduction à l'etude du droit civil, 5ème édition, Paris, 1929.

:arboni, M., Sul concetto di nuntius, nei « Scritti giuridicl dedicati et offerti a Gianpietro Chironi », Vol. I, 1915, PP. 45-48.

:arbonnier, J., Théorie des obligations, Paris, 1963.

:arnelutti Francecco, Teoria generale del diritto, 2a edizione, Roma, 1946.

:hehatah, Chfik, Le concept de la représentation en droit romain, Revue (Al Quanoun wal Iktisad », XV (1945), PP. 111-172.

:heshire and Fifoot, The Law of Contract, London, 1960.

:hiati, Ahmed Zaki El, La formation du contrat et son interprétation dans le nouveau code civil égyptien, Revue « Al Quanoun wal Iktised » XIX (1949), pp. 5-86.

hironi, G.P., La colpa nel diritto civile odierno — Colpa estracontrattuale, Vol. I, 1903.

hironi, G.P., Instituzioni di diritto civile italiano, Vol. I, 1912, (spécialement, pp. 187-190).

ıironi, G.P., Del contratto con se medesimo, nei « Nuovi studi e questioni di diritto civile », 1922, pp. 247-264.

ıironi, e Abello, Trattato di diritto civile, Vol. I, Torino, 1904 (spécialement pp. 411-430).

arise, Jean, De la représentation. Son rôle dans la création des obligations, Thèse, Lille, 1949.

ıitty, On Contracts, 23rd Edition, Vols. I and II, London, 1968

lin, Paul, De la détermination du mandat salarié (Mandat salariè et activé professionnelle), Thèse, Paris, 1931.

lin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, Paris, 1923.

'oppola, Andrew J., Materials in the Law of Agency, Totowa, N.J., 1975.

orbesco, Dan, De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats, Thèse, Paris, 1912.

Coumbaros, Nicolas, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, t, I, Paris, 1931.

Corpus Juris » being a complete and systematic statement of the whole Boby of the Law, edited by William Mack and W.B. Hale, Vol. II, New York 1915 (spécialement V° Agency, pp. 404-971).

Corpus Juris Secundum », Vols. 2A, 1972 and 3, 1973.

'ornil, Georges, Droit romain, Bruxelles, 1921.

'uq, Edouard, Manuel des institutions juridiques des romains, 2ème édition, Paris, 1928.

avid, René, Traité élémentaire de droit civil comparé, Paris, 1950.

Delangle De La Ville Gaudin, De la représentation en droit anglais (Agency), Thèse, Paris, 1923.

Del Vecchio, Philosophie du droit, Paris, 1953.

emoyue, René, Traité des obligations en général, t, I, Paris 1923 (spécialement pp. 173-253, Nos. 89-155 ter.).

emogue, René, Notions fondamentales du droit privé, Paris, 1911.

evlin, Patrick, Fraudulent Misrepresentation : Division of Responsibility between Principal and Agent, in the Law Quarterly Review, London, Vol. 53, 1937, pp. 344 et seq.

Didier-Pailhé, H.,De la représentation des capables en matères extrajudiciaires, Thèse, 1872.

onnedieu De Vabres, J., Les actes de l'héritier apparent, Rev. Trim., 1940-41, pp. 385-403.

uguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, Paris, 1927.

uguit, Le mandat du droit public et la théorie de l'organe, Rev. Générale de Droit, 1902, pp. 231 et s.

alque-Pierrotin, Le mandat. Ses éléments constitutifs. Thèse, Paris, 1933.

Ferson, M., Principles of Agency, Brooklyn, 1954.

Flattet, Guy, Les contrats pour le compte d'autrui, Paris, 1950.

Foucault, E., De la représentation dans le mandat et la gestion d'affaires (Droit romain). La vente avec déclaration de commande (Droit français), Thèse, Paris, 1893.

Foulquié, Paul, La volonté, (Collection « Que sais-je ? »), Paris, 1951.

Fuller, Lon L., Legal Fictions, Stanford University Press, Stanford. Cal., 1967.

Funk, Fritz, Commentaire du Code Fédéral des Obligations, Traduction de l'allemand par Porret et Perregaux, Paris, 1930 (spécialement pp. 28-36).

Geny, Science et technique en droit privé positif, 4 vols., Paris, 1914-1924.

Giorgi, G., Teoria delle obbligationi nel diritto moderno italiano, 1909, Vol. III (spécialement pp. 369-378) et Vol. V.

Girard, P.F., Manuel élémentaire de droit romain, 6ème édition, Paris, 1918.

Gorla, Gino, Il Contratto — Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, 2 Vols., Milano, 1955.

Gouget, Théorie générale du contrat avec soi-même, Thèse, Caen, 1903.

Graulich, Paul, Principes de droit international privé, Paris, 1961.

Graziani, A., Rappresentanza senza presentza, Napoli, 1927.

Groppail, Alessandro, Le rôle de la volonté dans la formation des actes juridiques, in Archives de Philosophie du Droit et de Sociologe Juridique, 10ème année, Paris, 1940, pp. 195-204.

Guhl, Theo, Le droit fédéral des obligations, Traduction de l'allemand par René des Goutes, Zurich, 1947.

Hanoteau, Ch., De la représentation dans les divers actes juridiques en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1876.

Holleaux, G., La représentation réciproque des co-obligés solidaires, Note sous Cass. Civ., 28 Février 1938 et 10 Novembre 1941, Dalloz, 1942/J1/99.

Ihering, Mesprit du droit romain. Traduction de l'allemand par Meulonaer, t. IV, Paris, 1888.

Jenks, Digeste de droit civil anglais, Traduction de l'anglais par Baumann et Goule, t. I, Paris, 1923 (spécialement pp. 38-46).

Josserand, Cours de droit civil positif fraçais, t. II, Paris, 1933.

Julliot De la Morandière, Précis de droit civil, t. II, Paris, 1966.

Laurent, Principes de droit civil français, t. 27, Bruxelles et Paris, 1878.

Lazerges, Christine, Les mandats tacites, Rev. Trim., 1975. pp. 222-247.

Léauté, Jacques, Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence. Rev Trim., 1947, pp. 288-307.

Lehr, Ernest, Eléments droit civil anglais, t, II, 1906 (spécialement pp. 256-269).

Lerebours-Pigeonnière, De prête-nom mandataire, Thèse, Caen, 1897.

Levy-Ulmann, La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques. Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé, t. I, 1928.

Madray, G., De la représentation en droit privé. — Théorie et pratique, Thèse, Bordeaux, 1931.

Magnin, Eugène, De la représentation, Thèse, Paris, 1899.

Magno, Donato, Locazione d'opere e mandato nel progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti. Rivista di diritto civile, 1929, pp. 209-285.

Malvagna, Simone, Sulla natura giuridica della rappresentanza. Rivista di diritto civile, 1936, pp. 257-305.

Martin De La Moutte, Jacques, L'acte juridique unilatéral, Thèse, Toulouse, Paris, 1951 (spécialement pp. 41-51).

Marty, Le mandat sans représentation, Thèse, Montpellier, 1937.

Marty et Reynaud, Droit civil, t. II, Vol. I (Les obligations), Paris, 1962.

Maruitte, Maurice, La notion de gestion d'affaires. — Etude critique, Thèse, Paris, 1931.

Mazeaud, H. et L., Traite théorique et pratique de la responsablite civile délictuelle et contractuelle, t. I, Paris, 1934.

Mazeaud, H.L., et J., Leçons de droit civil, t. I, 3ème éd., Paris, 1966.

Mechem, Floyed R., Outlines of the Law of Agency, 4th Edition. Chicago, 1952.

Messineo, Francesco, Dottrina generale del contratto, Milano, 1948 (spécialement pp. 137-171).

Michoud, Léon, La théorie de la personnalité morale, t. I, Paris, 1932.

Mirabelli. Commentario del codice civile, Libro IV, t. II, Torino 1961.

Nicoleano, H., De la représentation indirecte, Thèse, Paris, 1912.

Ogden, C.K., Bentham's Theory of Fictions, London, 1932.

Oudinot, M., De la représentation imparfaite en droit français, Thèse, Paris, 1909.

Pacchioni, G., Della gestione degli affari altrui, Padova, 1935.

Pacchioni, G., Diritto civile italiano, patre seconda (diritto delle obbligazioni), Vol. II, Padova, 1939 (spécialement pp. 295-322).

Perrot, Roger, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, Paris, 1953.

Picard, Maurice, La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine, Rev. Trim., 1921, pp. 419-467 et 1922, pp. 5-34.

Pilon, Eustache, Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations, Thèse, Caen. 1897.

Planiol, Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol, revu et complété par Georges Ripert avec le concours de Jean Boulanger, t. II, Paris, 1947.

Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2ème édition. t. II (la famille) avec le concours d'André Rouast, Paris, 1952, t. VI (les obligations) avec le concours de Paul Esmein, Paris, 1952,

Pollock's, Principles of Contract, 12th dition, by P.H. chnierd, London, 1946.

Popesco-Rammceano, René, De la représentation dans les actes juridiques en droit compare, Thèse, Paris, 1927.

Popesco-Rammiceano,René, La représentation dans le projet du code des obligations élaboré par l'Union Législative entre Nations Alliées et Amies, Bull. de la Sociéte de Législation Comparée, t. 57, 1927-1928, pp. 190-205, (v. compte rendu dans la Rivista di Diritto Civile, 1928, p. 426).

Popesco-Ramniceano, René, Réflexion sur le problème de la représentation, Rev. Critique, 1932, pp. 435-448.

Pothier, Oeuvres édition Bugnet, t. V, Paris, 1861 (spécialement pp. 171 et s.).

Pradines, Maurice, Traité de psychologie générale, t. II, Paris, 1948.

Rabel, Ernst, The Comflict of Laws, A Comparative Study, I, Ann Arbor 1958, II, Ann Arbor 1960, III, Ann Arbor 1964.

« Reestatement of the Law of Agency » as adopted and promulgated by the American Law Institute, Washington, 1933, 2 Vols. ; 2nd Edition, Washington, 1958.

Rigaux, F., Le statut de la représentation, Etude de droit international privé comparé (Bibliotheca Visseriana, t. XX), Leiden,

Rouast, La représentation dans les actes juridiques, Cours de Doctorat, Paris, 1947-1948.

Sallé De Lamarnière, Le mandat irrévocable, Rev. Trim., 1937, pp. 241-280.

Saleilles, Commentaire sur le titre de la représentation dans le code civil allemand, Traduction du Code Civil Allemand publiée par le Comité de Législation Etrangère institué près le Ministère de la Justice avec le concours de la Société de Législation Etrangère, t. I, Paris, 1904, pp. 201-242.

Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l' empire allemand, Paris, 1914.

De Saussure, Claude, L'acte juridique fait saus pouvoirs de représentation. Etude de l'art. 38 Code des obligation, Lausanne, 1945.

Savatier, René, Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat. Rev. Trim., 1954, pp. 525 et s.

Savatier, René, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui 3ème série, Paris, 1959 (spécialement pp. 30-61).

Savigny, Le droit des obligations, traduction de l'allemand par Hippert, t. II, Paris, 1873 (spécialement pp. 93-146).

Schmittof, C.M., Agency in International Trade : A Study in Comparative Law, Académie de Droit International, Receueil des Cours, t. 129 (1970 I), Leiden, 1971, pp. 107-203.

Schneider et Fick, Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911, Traduction de l'allemand, t. 1, 1915 (spécialement pp. 81-93).

Seavey, W.A., Studies in Agency, Chicago, 1949.

De Semo, G., Istituzioni di diritto privato, Firenze, 1946 (spécialement pp. 183-185).

Serge, G., Sull'inopposabilità al terzo di buona fide dei limiti ai poteri di rappresentanza non risultanti dal documento esigibitogli, Foro, 1921, pp. 71 e s.

Stolfi, Giuseppe, La conclusione dei contratti per persona da dichiarare, Rivista di diritto civile, 1926, pp. 537-555.

Stoljar, S.J., The Law of Agency, London, 1961.

Sutton and Shannon, On Contracts, 3rd Edition, London, 1944.

Tag El-Dine, Yahia, Le dol fraçais et la misrepésentaion anglaise, Paris, 1926.

Tiffany, Agency, 2nd Edition, by Powell.

Tissier, Note sous Cass. Civ., 15 Juin 1898, Sirey 99/1/209.

Troplogy, Commentaire du mandat, Paris, 1849 et Bruxelles, 1847.

Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique fraçaise, t. IV, Paris, 1949, pp. 109-159.

Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil (français), Années 1947-1948, Paris, 1949.

Von Tuhr, Andreas, Partie Générale du Code Féderal des Obligations. Traduction de l'allemand, Vol. I, Lausanne, 1929 (spécialement pp. 282-323).

Tunc, André, De l'application de la gestion d'affaires entre contractants, Note de jurisprudence, Dalloz, 1947/J/386.

Vallimaresco, Des actes juridiques avec soi-même, in Revue Trim. de Droit Civil, 1926, pp. 973 et s.

Viforeanu, Pierre C., Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé, Paris, 1932 (spécialement pp. 466-519).

Vivante, Cesare, Traité de droit commercial, Traduction de l'italien par Jean Escarra, t. I, Paris, 1910 (spécialement pp. 240-284).

Vivante, Cesare, Gli agenti di commercio e la conclusione dei contratti, Rivista di diritto commeriale, 1922, I, pp. 614 et s.

Weill, Alex, La relativité des conventions en droit privé français Paris, 1939.

Anonyme, Note de jurisprudence sous Chambre des Lords, 5 Mai 1923 (sur la théorie de la représentation « Agency » en droit anglais), Revue de Droit Marittime Comparé, 1923/3/120.

Anonyme, Note de jurisprudence sous Cass. (italienne), 8 Juillet 1929 (Contratto fatto dal mediatore), Rivista di diritto civile, 1929, pp. 400-402.

فهرس

صفحة

الكتاب الثانى

أحكام النيابة

الباب الأول : فى نشأة النيابة ومداها



رقم الايداع بدار الكتب ٣١٩٤ / ١٩٨٠

ISBN ٩٧٧ ٢٠١ ٨٥٢ ٧

٢٢٥ قرشاً

مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب